Die Verantwortlichkeit
der vormundschaftlichen Organe aus der Vermögensverwaltung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät

der Universität Bern

Vorgelegt von
Jakob Zellweger von Hauptwil / Thurgau

1939

Druck: Boner & Co. Baden

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Mai 1938 auf Antrag von Prof. Dr. Guhl als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgeprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

DIE VERANTWORTLICHKEIT DER VORMUNDSCHAFTLICHEN ORGANE AUS DER VERMÖGENSVERWALTUNG

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER HOHEN

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON JAKOB ZELLWEGER VON HAUPTWIL THURGAU

MEINEN
ELTERN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG.

Seite

§ 1. Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe im Code civil français 7
§ 2. Das Vormundschaftsrecht und seine Verantwortlichkeitsbestimmungen laut BGB 10

I. ABSCHNITT:

Grundsätze des schweizerischen Rechts.

1. Kapitel: Die Beamtenverantwortlichkeit im Allgemeinen.

§ 3. Im Bund 13
§ 4. Die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze im Allgemeinen 14
§ 5. Die Voraussetzungen der Beamtenverantwortlichkeit 19
1. Die schädigende Person 19
2. Die schädigende Handlung 20
a) Die Ausübung einer amtl. Verrichtung 20
b) Die Rechtswidrigkeit 21
c) Das Verschulden 21
d) Der Schaden 22
e) Der Kausalzusammenhang 24

2. Kapitel: Die vormundschaftliche Verantwortlichkeit.

§ 6. Abgrenzung der kant. Beamtenverantwortlichkeit von derjenigen der besonderen vormundschaftlichen 24
§ 7. Die vormundschaftliche Verantwortlichkeit vor 1912 30
§ 8. Grundsätze des Zivilgesetzbuches 31
1. Allgemeines 31
2. Die Stellung des Vormundes 31
3. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit 32

II. ABSCHNITT:

Die Vermögensverwaltung im Besonderen.

§ 9. Die Personal- und die Realfürsorge 36

1. Kapitel: Die Mitwirkung vormundschaftlicher Organe bei den Inventaren.

§ 10. Das gewöhnliche, nicht öffentliche vormundschaftliche Inventar 37
§ 11. Das öffentliche vormundschaftliche Inventar 39
§ 12. Das private Kindesinventar laut Art. 291 ZGB 41

2. Kapitel: Die Frage der Geldanlage.

§ 13. Die Anlage der Mündelgelder im Allgemeinen 44
§ 14. Die Anlage und Verwahrung von Mündelgeld 47
§ 15. Umwandlung der Kapitalanlagen 49
§ 16. Ausrichtung und Aufnahme von Darlehen 50
1. Die Ausrichtung eines Darlehens 51
2. Die Aufnahme eines Darlehens 51

3. Kapitel: Die Bürgschaft im Verhältnis zu Zustimmungserklärungen und Garantieversprechen.

Seite

§ 17. Die verbotenen Geschäfte laut Art. 408 ZGB und die Eingehung von Bürgschaften gemäss Art. 395 ZGB 52
§ 18. Zustimmungserklärungen und Garantieversprechen 53

4. Kapitel: Verträge zwischen Mündel und Vormund und die Veräusserung von Mündelgrundstücken.

§ 19. Verträge zwischen Mündel und Vormund 54
§ 20. Die Veräusserung von Mündelgrundstücken 56
1. Die drei den Verkauf betreffenden Normen 56
2. Voraussetzungen und Zweck der Veräusserung 57
3. Art und Verfahren der Veräusserung 59

5. Kapitel: Die vormundschaftliche Tätigkeit bei einigen anderen Rechtsgeschäften.

§ 21. Der Abschluss von Erb- und Verpfründungsverträgen und die Annahme, resp. Ausschlagung von Erbschaften 61
1. Der Erbvertrag 61
2. Der Verpfründungsvertrag 62
3. Annahme, resp. Ausschlagung von Erbschaften 62
§ 22. Die Tätigkeit der vormundschaftlichen Organe bei Rechtsgeschäften laut Art. 177 Abs. 2 und 3 bei Ehe,-Erbteilungsverträgen und Prozessen .. 63
1. Die Zustimmung laut Art. 177 Absatz 2 und 3 und zu Eheverträgen 63
2. Die Zustimmung zu Erbteilungsverträgen und Prozessen 66

6. Kapitel: Ablage und Prüfung der Vermögensberichte.

§ 23. Grundsätze der periodischen Rechnungsstellung 68
§ 24. Die Bedeutung der Schlussrechnung 69
§ 25. Die Prüfung der Rechnungen 70

III. ABSCHNITT:

Inhalt der vormundschaftlichen Verantwortlichkeit.

1. Kapitel: Geltendmachung der Verantwortlichkeit und Klageberechtigung.

§ 26. Allgemeines 73
§ 27. Die Klageberechtigung der Mündel, Kinder unter elterlicher Gewalt und der in Ausübung ihrer Rechte teilweise beschränkten Personen 74
§ 28 Die Klageberechtigung weiterer Interessenten 75

2. Kapitel: Die Verjährung der Verantwortlichkeitsklage.

§ 29. Die ordentliche Verjährung 77
§ 30. Die ausserordentliche Verjährung 80

3. Kapitel: Reihenfolge der Haftung und Teilung des Schadens.

§ 31. Die Stufenhaftung 82
1. Inhalt 82
2. Revisionsbestrebungen 85
§ 32. Die Teilung des Schadens unter den Mitgliedern der vormundschaftlichen Behörden 87
1. Voraussetzungen der pro rata Haftung 87
2. Pro rata Haftung und richterliches Ermessen 88
§ 33. Die Sukzessivhaftung im Verhältnis zur Teilung des Schadens unter den Organen und unter den Mitgliedern der Behörden 89

Literaturverzeichnis

Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1905.

Baron-Locré: Traité de procédure, Te. 42.

Becker: Kommentar zum OR.

Burckhardt: Kommentar der Bundesverfassung von 1874.

Curti-Forrer: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 1911.

Delessert: La responsabilité des autorités tutélaires, Diss. Lausanne 1931.

Dernburg: IV. Bd., Deutsches Familienrecht, Halle 1903.

Egger: Kommentar zum ZGB, Zürich 1914.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Familienrecht, Berlin 1908.

Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1902.

Fleiner: Verwaltungsrecht und Staatsauffassung der Franzosen, 1915.

Garsonnet et César-Bru: Traité de procédure, Tome 6.

Gautschi: Anleitung zur Errichtung von Kinderinventaren, Aarau 1920.

Geeser: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, Diss. Freiburg 1899.

Guhl: Untersuchungen zu Art. 51 OR Bern, Diss. 1904.

Hafter: Personenrecht, Kommentar Gmür, Bern 1910.

Hauriou: Principes de droit public, Paris 1910.

Hefti: Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem ZGB. Diss. Bern 1916.

Hess: Schweizerische Vormundschaft.

Huber: Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen ZGB, Bern 1914.

Hüffermann: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Diss. Erlangen 1933.

Jaeger: Kommentar zum SchKG, Zürich 1920.

Kaufmann: Das Vormundschaftsrecht, Kommentar Gmür, Familienrecht Bd. 2, Bern 1918 und 1924.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Laurent: Principes de droit civil, Tome 20.

Lüscher: Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe nach abG und ZGB, Diss. Bern 1918.

Maier: L'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle, Diss. Lausanne 1920.

Müller: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912.

Oser: Kommentar zum OR, Zürich 1915.

Planck: BGB, Familienrecht, Berlin 1906.

Pflüger: Die Amtsvormundschaft in der Schweiz, 1917.

Rittmeyer: Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechtes, Bern 1925.

Rossel et Mentha: Manuel de droit civil suisse, 1908.

Schütz: Die Ersatzpflicht des Staates, Diss. Zürich 1918.

Silbernagel: La tutelle officielle et professionelle en Suisse, Lausanne 1932.

Staudinger: Kommentar zum BGB, Bd. 4, 1909.
Tuor: Das schweizerische ZGB, 1934; Kommentar zum Erbrecht und: das neue Recht.
Toullier: Droit civil français, Te. 6.
Wieland: Kommentar zum ZGB, Zürich 1908.

Juristische Periodica

Schweizer Juristenzeitung, Jahrgänge 1915–1935.
Monatsschrift bernisches Verwaltungsrecht, Jahrgänge 1918—1935.
Bundesgerichtliche Entscheidungen, 1920—1935.
Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Bd. 3, 1922.
Grünhuts Zeitschrift, Bd. 28.
Praxis des Bundesgerichtes, Jahrgänge 1920–1935.
Semaine judiciaire. Jahrgänge 1925—1935.
Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung. Jahrgang 1911 und 1924.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Jahrgänge 1915—1935.
Zeitschrift für schweizerisches Recht, Jahrgänge 1912 und 1888: neue Folge Bd. 7.
Zentralblatt für Staats-Gemeindeverwaltung, Jahrgang 1928—1935.

ABKÜRZUNGEN:

ZGB = schweizerisches Zivilgesetzbuch
OR = schweizerisches Obligationenrecht
VB = Vormundschaftsbehörde
AB = Aufsichtsbehörde

EINLEITUNG

Die Eigenart des Vormundschaftsrechtes beruht auf seiner Stellung im Privat- und seinen Beziehungen zum öffentlichen Recht. Zweck der Vormundschaft ist die behördliche Intervention zugunsten Minderbefähigter, die schutzlos, im Verkehr mit unbeaufsichtigten, uneingeschränkt handlungsfähigen Rechtssubjekten Gefährdungen ausgesetzt sind. Aus der Kompetenz innerhalb des Privatrechtes tätig zu sein, resultiert die Verantwortlichkeit der Funktionäre und der durch sie delegierten Personen für Tun und Unterlassen. Nach Charakterisierung der Aufgabe und der Struktur der vormundschaftlichen Organe, wird sich vorliegende Arbeit besonders mit der Frage der Verantwortlichkeit, den Gesichtspunkten der Haftung, die der Gesetzgeber den staatlichen Repräsentanten als Sanktion für fehlerhaftes Verhalten auferlegt, befassen.

§ 1. Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe im Code civil français.

Die modernen Gesetzgebungen haben die Regelung des Vormundschaftsrechtes, namentlich bezüglich der Verantwortlichkeit seiner Organe in verschiedener Art und Weise getroffen. Weitgehender als das BGB und das ZGB ist der c. c. fr. der privatrechtlichen Anschauung gerecht geworden. Familienrat, Vormund und Gegenvormund fungieren in Frankreich als Personen im rein privatrechtlichen Sinne unter den die Obervormundschaft ausübenden staatlichen Organen. Die Befugnisse des juge de paix, juge de première instance und procureur de la république werden durch Norm und Rechtssprechung eng gefasst. Die Verwaltungs-, Vertretungs- und Fürsorgemacht liegt fast ausschliesslich in den Händen des Vormundes und des Familienrates. Ihre Selbständigkeit innerhalb der vom Staat gezogenen Grenzen ist beinahe absolut. Erst hinter ihnen setzt die Behördenhierarchie ein.

Die französische Anschauung zeugt von grosser Zurückhaltung hinsichtlich der Neuerung im Vormundschaftswesen und von säuberlicher Trennung der behördlichen Funktionen von denen des Familienrates und des Vormundes. Die Aufgaben dieser sollen auf keinen Fall mit den Obliegenheiten der Behörden kollidieren. Selbst wenn die behördlichen Massnahmen in den Pflichtenbereich jener übergreifen, die beiden Kreise sich überschneiden, soll bestmöglichst nach dem Prinzip der jedem Teil zufallenden Aufgaben entschieden werden. Materien, in denen Privat- und öffentliches, resp. Verwaltungsrecht miteinander konkurrieren, schaffen keinen Präzedenzfall für die Aufstellung von Sonderrecht.

Analog dazu ist auch die Gestaltung der Verantwortlichkeit, vermittelst der die ihr unterstellten Organe zur Rechenschaft gezogen werden können. Vormund und Mitglieder des Familienrates, die Fehler be-

gehen, stehen für den Schaden ein, den sie dem Mündel zufügen. Die Haftung ist die eines guten Hausvaters, resp. diejenige aus Art. 1382 und 1383 c. c. fr. im Titel: «Ausservertragliche Verbindlichkeiten». Bemerkenswert ist, dass sich die Kompetenzen des aus Nichtfunktionären zusammengesetzten Familienrates, ausser der der Ernennung des Vormundes, auf viele Obliegenheiten erstreckt, die unsere Gesetzgebung den vormundschaftlichen Behörden überbunden hat. Die einzige, die amtliche Obervormundschaft ausübende Behörde ist das erstinstanzliche Gericht und der Prokurator der Republik. Sie stehen dem Familienrat, Vormund und Gegenvormund insofern zur Seite, als sie einige gewichtige, das Mündelvermögen betreffende Entscheidungen (Art. 457/58, 466/67) zu homologieren haben. Wie verhält es sich nun mit ihrer Verantwortlichkeit? Unterstehen sie separaten Haftungsnormen oder denen von Administrativbeamten?

Der Gesetzgeber dürfte mit Absicht eine richterliche Behörde dem Vormundschaftsrecht impliziert haben. Diese Tatsache erfordert Beachtung in zweifacher Hinsicht: Erstens nimmt der Richter in der Behördenhierarchie einen Rang ein, der ihn vor anderen Staatsorganen kennzeichnet. Er ist der direkteste Vertreter der Staatsgewalt und Interpret der Gesetze, eine rein juristische Macht. «Ainsi le juge devient l'organe vivant de la souveraineté de la constitution comme il est déjà l'organe vivant de la loi», sagt Hauriou.[1]) Zweitens, sein Urteil bedarf, sofern es angerufen wird, der bedingungslosen Anerkennung. Könnten die Schutzunterstellten durch eine Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 426 ff. ZGB die Legalität richterlicher Urteile diskriminieren, bekäme das Ansehen des pouvoir judiciaire in kurzer Zeit Risse.

Die Unabhängigkeit des Richters verträgt auch kein Verhältnis im Sinn der administrativen Subordination. Zu allen Zeiten ist der Richter als singulare Person und Gewalt betrachtet worden und selbst, wenn seine Amtshandlungen sich auf mehr administrativem als auf eigentlich richterlichem Gebiet äussern, müssen für ihn besondere Verantwortlichkeitsgrundsätze gelten. Einige Gesetzgebungen haben dieser Auffassung Rechnung getragen. Frankreich schützt den Richter, abgesehen von der Verletzung strafrechtlicher Norm, beinahe absolut. Wo seiner Gewalt z. B. ein Irrtum unterläuft, der auf einen funktionellen Fehler in der Amtsausübung zurückzuführen ist und der dem Betroffenen vermögensrechtliche oder persönliche Nachteile bringt, hat dieser weder gegen den Staat, noch, wie wir sehen werden, gegen den richterlichen Dienstzweig einen Anspruch auf Schadenersatz.

Die Klage aus Amtsverletzung ist das einzige Mittel in zivilrechtlicher Hinsicht, um den Richter zur Rechenschaft zu ziehen und ihn zu Ersatz des Schadens anzuhalten, den er dem Kläger durch sein Urteil zugefügt hat. Sie stammt aus dem römischen Recht, wo der an Stelle des Rechtsbegehrens der Parteien in seinem eigenen oder eines Dritten Interesse urteilende Richter eine der deliktischen Obligation gleichende Verpflichtung einging. In der Folge musste der mit der Regressklage belangte Richter zu seiner Rechtfertigung vor dem oberen Gericht erscheinen.[2]) Eine 1540 unter Franz I. erlassene Ordonnanz bestimmte, dass der Richter nur bei Vorliegen von Arglist und Erpressung persönlich belangt wer-

[1]) M. Hauriou: Principes de droit public, Paris 1910, S. 153.

[2]) Garsonnet et César-Bru: Traité de procédure, te. 6, p. 929, et Coquille: Commentaire sur les coutumes du Nivernais, ch. 1, art. 25.

den könne. Ueber die Revolutionsgesetzgebung ging die Klage aus Amtsverletzung in die Codes de procédure civile und d'instruction civile. Sie kann sich gegen den juge de paix, das tribunal de première instance die cours d'appel und die cours d'assises zusammen oder gegen einzelne der Mitglieder richten. Die Verjährungsfrist beträgt 10 und 30 Jahre, je nachdem die zivile oder eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Diskussion steht. Die Art. 505 ff. des c. de pr. c. umschreiben die Fälle, in denen der Klage aus Amtsverletzung stattgegeben wird: 1. Bei Betrug oder Erpressung begangen bei der Untersuchung oder im Urteil; 2. wenn das Gesetz den Richter infolge ungerechtfertigter Verhaftung zur Leistung von Schadenersatz anhält; 3. wenn der Strafrichter gegen gesetzliche Formvorschriften verstösst; 4. bei Rechtsverweigerung. Diese Aufzählung ist abschliessend. Bigot de Préameneu sagt in Erläuterung dieser Stellung des c. de pr. c.:

> «L'interêt public veut que les magistrats soient responsables en certains cas mais aussi qu'ils ne soient pas dépouillés de toutes dignités comme ils le seraient si les plaideurs, au gré de leur ressentiment et de leurs diverses passions, avaient le droit de les obliger à descendre de leur tribunal pour justifier de leur conduite. Cet abus nous placerait au temps où par un reste d'abus encore plus grand de l'ancien régime féodale, les juges étaient eux-mêmes responsables de leur jugements».[1])

Wird das Gesuch um Klageerhebung abgewiesen, unterläuft der Initiant eine Busse von Frs. 300.—. Wird ihm entsprochen, erhält der Beklagte mit der Aufforderung zur Verteidigung Kenntnis. Ohne eine vorgängige Prüfung durch die Gerichtsbehörde, an die das Begehren gestellt worden ist, kann jedoch keiner Klage aus Amtsverletzung stattgegeben werden. Der entscheidende Beschluss wird gefasst ohne Verhör des Gesuchsstellers und des Verzeigten. Trotz wirklicher Schädigung muss sich also der Gesuchsteller reiflich überlegen, ob die Begründung seines Rechtsbegehrens ausreichen wird, die prüfende Behörde von der Schuld der Fehlbaren zu überzeugen.

> «Mais la prise à partie à raison de son caractère limité, à raison d'une procédure très protectrice des magistrats poursuivis, constitue pour la victime du dommage un véritable leurre»,

schreibt Duez, als Bestätigung einer auch von anderen Autoren erhobenen Kritik zur tatsächlich, wenn auch nicht juristisch absoluten Unverantwortlichkeit der Gerichtsbehörden.[2]) Und Laurent über die sog. «garantie constitutionelle»:

> «C'est une garantie contre des poursuites irréfléchies, mais ce qui est une garantie pour les fonctionnaires devient une entrave pour les citoyens».[3])

Ferner Toullier:

> «C'est une mesure tyrannique imaginée par le plus habile et le plus absolu des despotes; elle rend presque toujours illusoire la responsabilité des fonctionnaires».[4])

[1]) Baron. Locré, tr. de procédure, te. 42, p. 135.
[2]) Duez Paul: La responsabilité de la puissance publique, Paris 1927, p. 145.
[3]) Laurent: Principes de droit civil, te. 20, no. 50.
[4]) Toullier: Droit civil fr. t. 6, p. 151.

Wir glauben mit dieser kurzen Beschreibung der vormundschaftlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen eine der französischen Gesetzgebung allgemein eigene Auffassung erwähnt zu haben: nämlich, die Privatrechtssphäre müsse nach Möglichkeit von staatlichen Eingriffen verschont bleiben und die Funktionäre des öffentlichen Rechtes seien vor Angriffen durch Privatpersonen in Schutz zu nehmen.[1]) Die Abneigung des Franzosen gegen den Etatisme hat seine Gesetzgebung veranlasst, den sozialen Anforderungen durch die Tätigkeit privater Personen und Kollegien unter strenger staatlicher Aufsicht Genüge zu leisten, oder dem Staat, wo ein Eingriff in die streng behütete individuelle Freiheit unumgänglich ist, nur eine Mitwirkung im Sinne der Oberaufsicht einzuräumen. Die Schutztendenz der modernen Vormundschaftsrechte kommt aber im c. c. fr. zu kurz. Offensichtlich sind seinem System zuliebe die Interessen der Schützlinge in weitgehendem Masse geopfert worden. Die meisten französischen Kommentatoren anerkennen den Mangel einer zu geringen staatlichen Aufsicht. Namentlich wird der Wert des in unserem Recht die Funktionen der VB. ausübenden Familienrates zugunsten des deutschen Vormundschaftsgerichtes angezweifelt.

§ 2. Das Vormundschaftsrecht und seine Verantwortlichkeitsbestimmungen laut BGB.

Das Vorbild des deutschen Vormundschaftsrechtes ist die preussische Vormundschaftsordnung von 1875, die vom Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes ausgeht. Der Vormund führt sein Amt selbständig, das Vormundschaftsgericht ernennt und beaufsichtigt ihn. Es besitzt in besonders genannten Fällen ein Genehmigungsrecht. Ein Gegenvormund wird bestellt, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, sofern nicht mehrere Vormünder gemeinschaftlich das Amt führen, z. B. wegen besonders umfangreicher und verwickelter Verwaltung (§ 1775 BGB). Die Bedeutung des Familienrates ist stark zurückgedrängt worden. Er wird auf Antrag eines Verwandten oder Verschwägerten des Mündels unter der Voraussetzung, dass den Interessen des Mündels damit gedient ist, vom Vormundschaftsgericht eingesetzt und besitzt dessen Rechte und Pflichten.

Bei der Einführung des BGB regten Autoren an, nicht nur das Vormundschafts-, sondern auch das gesamte Familienrecht, den Dienstvertrag und jede Sozialgesetzgebung aus dem Privatrecht auszuschliessen, weil die staatlichen Fürsorgepflichten in diesen Rechtsgebieten die Einzelinteressen bei weitem überwögen. Es genügt hier festzustellen, dass die Schutzpflichten laut BGB die Regelung der Teilnahme am privatrechtlichen Verkehr durch den Schützling betreffen, dass aber ein grosser Teil der Normen den Charakter eines Ausführungsrechtes besitzt. Dieses regelt den Umfang der staatlichen Verwaltung, grenzt die obervormundschaftlichen Verrichtungen ab und teilt jedem Organ seine Arbeit zu. In dieser Hinsicht ist das Vormundschaftsrecht zweifellos ein Gebilde der Staatshoheit und öffentliches Recht. «Selbst dem Vormund wird eine Staatsaufgabe, ein an sich dem Staate zustehender Komplex von Oblie-

[1]) F. Fleiner: Die Staatsauffassung der Franzosen, 1915, s. ff.

genheiten überwiesen», sagt Schlecht, obschon in der Theorie kein Zweifel darüber besteht, dass sein Amt, infolge des Merkmals der Führung fremder Geschäfte, ein privates und kein öffentliches ist, dem ein Staatsdienstverhältnis zugrunde liegt.[1])

Nach Reichs-, nicht aber nach Landesrecht, das laut Art. 136 des Einführungsgesetzes zum BGB die vormundschaftliche Organisation abweichend vom Reichsrecht treffen kann, ist das erste staatlicherseits mitwirkende Organ das Vormundschaftsgericht, dessen Funktionen vorgesehener Weise dem Amtsgericht obliegen. Weil aber das Vormundschaftsgericht an der unmittelbaren Gestaltung einzelner Rechte und Pflichten des Mündels teilnimmt, ist bestritten, ob einzig eine obrigkeitliche Handlung, ein Staatsakt vorliege oder, ob die privatrechtlichen Folgen, die genehmigungsbedürftige Geschäfte auslösen, dem urteilenden Vormundschaftsrichter die Stellung einer Partei verleihen.[2])

Allerdings handelt das Vormundschaftsgericht, wenn es rechtsgeschäftlich den Mündel vertritt, als Behörde und erfüllt damit eine staatsamtliche Obliegenheit; allein das Rechtsgeschäft gehört dem Gebiete des Privatrechtes an und untersteht in allen seinen Teilen den Vorschriften des BGB.[3]) Im Gegensatz zum französischen Recht hat sich also das BGB nicht gescheut schon auf einer unteren Stufe privat- und öffentliche rechtliche Elemente zu Sonderrecht zu kombinieren. «Das Hinübergreifen in Privatinteressen durch den Staat ist bezeichnend für das Vormundschaftsrecht, diesen eigenartigen Zweig des Verwaltungsrechtes, verknüpft mit privatrechtlichen Funktionen», sagt Dernburg.[4])

Bezüglich der Verantwortlichkeit gelten die §§ 1674, resp. 839 Abs. 1 und 3. Letzterer bestimmt, dass ein Beamter, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletze, den hieraus entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, sofern der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der vermittelnde § 839 stellt auch die Grundlage für die weiter unten erwähnten Beamtenverantwortlichkeitsgesetze der Staaten dar. Voraussetzungen um sich auf ihn zu berufen, sind die Verletzung einer Dienstpflicht, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, — bei dieser haftet der Beamte subsidiär hinter dem Vormund —, und der Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem ihn verursachenden Fehler. Für Vorsatz haftet der Vormundschaftsrichter unbedingt. Fällt ihm nur eine Fahrlässigkeit zur Last, z. B. wenn er in leicht unsorgfältiger Weise seine Genehmigung zu einer das Vermögen des Mündels beeinträchtigenden Handlung erteilt, haftet er in der Regel nur, sofern vom mitschuldigen Vormund nichts zu erlangen ist. Es kann vorkommen, dass die Verantwortlichkeit des Beamten weiter reicht als die des Dritten, der mit ihm haftbar wäre. Der Vormundschaftsrichter muss sich nämlich auch der minderjährigen Kinder und ihres Vermögens annehmen, die noch keiner Vormundschaft unterstellt sind und gegenüber welchen Vater und Mutter in Ausübung der elterlichen Gewalt nur zu der

[1]) Grünhuts Zeitschrift, Bd. 28, S. 749.
[2]) A. Hüffermann, Diss. Erlangen 1933, S. 6 ff.
[3]) Reichsgerichtliche Entscheidungen, Bd. 71, S. 170
[4]) Dernburg, 4. Bd. Deutsches Familienrecht. § 96, Note 4.

subjektiven, in eigenen Angelegenheiten anzuwendenden Sorgfalt (§ 1664, 1685/86 BGB) verpflichtet werden. So ist es möglich, dass der Vormundschaftsrichter und an seiner Stelle der Staat den Kindern gegenüber selbst dann einstehen müssen, wenn keine Haftung des Inhabers der elterlichen Gewalt Platz greifen würde.

Der dem Schutzunterstellten zustehende Anspruch gegen den Vormundschaftsrichter gründet sich auf unerlaubte Handlung, laut § 823 BGB.[1]) Er verjährt in gleicher Weise innert dreier Jahre wie die deliktisch begründete Obligation und verpflichtet auch die Erben des Beamten. Abs. 3 des § 839 sagt allerdings, dass selbst im Falle vorsätzlicher Pflichtverletzung die Haftung des Vormundschaftsrichters dann nicht eintrete, wenn der Verletzte schuldhafterweise unterlassen habe auf den Schaden hinzuweisen, — z. B. durch Beschwerdeführung —, und seinen Eintritt zu verhindern. Wenn also der urteilsfähige Schützling vom möglichen Eintritt eines Schadens gewusst und zu dessen Wiedergutmachung keine Schritte unternommen hat, verliert er seinen Anspruch.

Die Haftung des Staates, der hinter dem fehlbaren Beamten eintritt ist im BGB nicht geregelt. Für die Beamten des Reiches gilt das Gesetz vom 22. Mai 1910. Art. 77 des Einführungsgesetzes zum BGB bestimmt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Rechte des Geschädigten vom verantwortlichen Beamten oder vom mithaftenden Staat Ersatz zu verlangen, bestehen bleiben. Es handelt sich um denjenigen Schaden, den Beamte in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zufügen. In einigen Teilen Deutschlands (Preussen, Bayern, Württemberg etc.) kann der Staat direkt belangt werden, in anderen (Hessen) ist er nur wie ein Bürge verantwortlich. In jenem Fall stehen dem Gemeinwesen der Rückgriff auf den Beamten und dessen Einreden wider den erhobenen Anspruch zur Verfügung. In diesem muss vorerst der fehlbare Beamte belangt worden sein, ehe der Staat für einen eventuellen Ausfall einstehen muss.

Heute ist das Fundament der Beamtenverantwortlichkeit nicht mehr der Art. 77 EG., sondern die Reichsverfassung von 1919. Vorauszuschicken ist der Art. 13, der lautet: Reichsrecht bricht Landrecht. Art. 131: «Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Nach der herrschenden Meinung soll dieses, in Art. 131 ausgedrückte Prinzip, das vorher schon von den meisten Ländern berücksichtigt worden war, eine Richtschnur für die Gesetzgebung sein. Der frühere Zustand, wo der Staat überhaupt nicht in Anspruch genommen werden konnte, war schon vor 1919 fast im ganzen Reich abgeschafft.

Die Rekapitulation der Verantwortlichkeit vormundschaftlicher Behörden in Deutschland ergibt somit folgendes Resultat: Der durch einen Beamten verletzte Mündel hat seine Klage gegen den Staat zu richten. Dieser übernimmt den Ersatz der Schäden, die daraus entstehen, dass Fehler in Ausübung des Dienstes gemacht werden. Er behält sich ein Regressrecht gegen den Schuldigen vor. Voraussetzung für die Inanspruchnahme ist die vorsätzlich oder fahrlässig verübte Schädigung laut § 839 BGB.

[1]) Staudinger: Das BGB, Bd. 4, S. 1009.

Ein Vergleich mit der Ordnung des Vormundschaftswesens im Code civil français weist auf folgende generelle Unterschiede hin: Deutschland ist in grösserem Umfang als die französische Gesetzgebung den sozialen Aufgaben vermittelst des staatlichen Schutzes gerecht geworden. Vor dem Interesse um das Wohl der Gemeinschaft tritt die strenge Trennung von öffentlichen und privatem Recht auf Kosten der theoretischen Klarheit etwas in den Hintergrund. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen sind extensiv umschrieben und suchen nach der bestmöglichsten Lösung, die aus der staatlichen Teilnahme am Privatrechtsleben resultiert.

I. Abschnitt:
Grundsätze des schweizerischen Rechts

1. Kapitel: Die Beamtenverantwortlichkeit im Allgemeinen

§ 3. Im Bund.

Die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten beruht auf Art. 117 der Bundesverfassung von 1874. Er lautet: «Die Beamten der Eidgenossenschaft sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Ein Bundesgesetz wird diese Verantwortlichkeit näher bestimmen.» Dieses Gesetz ist im Jahre 1850 erlassen und 1927 durch eines über das Dienstverhältnis zum Bund ergänzt worden. Hinzuzufügen ist, dass seit 1850 eine Reihe Gesetze neueren Anschauungen Rechnung getragen haben.[1]) In diesen Erlassen wird der Bund den geschädigten Dritten gegenüber unmittelbar haftbar erklärt. Es steht ihm aber ein Rückgriffsrecht gegen den Fehlbaren zu. Im Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 ist der Grundsatz enthalten, dass der Bund keine Verantwortlichkeit für den Schaden übernehme, der Dritten durch seine Organe in Ausübung ihrer Amtsfunktionen zugefügt wird. Von diesem Prinzip sind ausgenommen die Fälle der Spezialgesetzgebung auf der Basis von Art. 55 ZGB und Art. 61 OR, des Auftretens des Bundes als Privatrechtssubjekt , als Gewerbetreibender, Werkeigentümer etc. , des Tatbestandes eines Anspruchs aus öffentlichem Recht bei vertraglichem Recht bei vertraglicher oder vertragsähnlicher Verbindung des Bundes[2]) und desjenigen, wo sich die Bundesversammlung der Zivilklage gegen einen von ihr nicht gewählten Beamten für widerrechtlich angerichteten Schaden widersetzt. Voraussetzung zur Erhebung einer Zivilklage gegen einen Bundesbeamten sind:

1. Uebertretung einer Norm des geschriebenen Rechtes, durch die ein positiver Schaden verursacht wurde, und
2. Vorlingen eines Verschulden.

Prinzipiell besteht also die persönliche Haftung des Beamten immer noch.

[1]) Bundesgesetz über die Stark- und Schwachstromanlagen, über die Eisenbahnhaftpflicht, über die Militärorganisation u. a.

[2]) BE. Bd. 55, II, S. 107 (Wäffler-, Eidgenossenschaft).

Hinsichtlich des einzuschlagenden Verfahrens unterscheidet das Gesetz zwischen Beamten, die durch die Bundesversammlung gewählt werden, und den übrigen Funktionären. Bei jenen ist zur Prüfung des Klagefundamentes die Bundesversammlung zuständig, die jedoch im Fall der Ablehnung nicht verhindern kann, dass der Kläger den Bund direkt auf Schadenersatz belangt (Art. 33). Bei diesen muss die Klage zuerst dem Bundesrat vorgelegt werden, worauf bei Verweigerung der Zustimmung der Prozessweg nur gegen eine vom Bundesgericht zu bestimmende Kaution betreten werden kann.

Der Erlass von 1850 leistet nach heutiger Ueberzeugung den Anforderungen nicht mehr Genüge.[1]) Oefters hat der Bund schon die Haftung für deliktisch verursachte Schäden seiner Beamten aus Billigkeitsgründen übernommen, z. B. bei Veruntreuungen, wo der Geschädigte aus dem Prozess gegen den Staatsangestellten leer ausgegangen wäre. Auch eine Reihe von kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen ist vom Grundsatz des Bundesgesetzes abgewichen. Für eine Revision kommen Systeme mit direkter staatlicher Haftung und Kombinationen von persönlicher Schadenersatzpflicht, verbunden mit der unmittelbaren Staatsverantwortlichkeit, in Betracht.

§ 4. Die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze im Allgemeinen.

Die kantonalen Behörden unterstehen ihren eigenen Verantwortlichkeitsnormen, deren Fundament die jeweilige kantonale Verfassung ist.[2]) Die meisten Kantone haben von ihrer Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht und in Spezialgesetzen oder in Einführungsgesetzen zum ZGB die Schadenersatzpflicht ihrer Beamten geordnet. Beide Basel, Appenzell, Freiburg, Luzern, St. Gallen, Schwyz, Uri, Tessin und Obwalden konstituierten Vormundschaftsgesetze und -Ordnungen. Baselland, Freiburg und Luzern weisen sich über alle drei Erlasse aus. Aargau, Bern, Glarus, Graubünden, Neuenburg, Nidwalden, Schaffhausen, Solothurn, Tessin, Thurgau, Waadt, Wallis, Zürich und Zug enthielten in ihren bürgerlichen Privatrechtsbüchern Sonderregeln über die Haftbarkeit der vormundschaftlichen Organe.

Aus Art. 6 ZGB geht hervor dass die öffentlichen Befugnisse der Kantone durch das Bundeszivilrecht grundsätzlich nicht beschränkt werden. Die kantonalen Behörden- und Beamtenorganisationen im Gebiete des Verwaltungs- und des Gerichtswesens wird also durch das kantonale, öffentliche Recht geregelt. Der Geltungsbereich der kantonalen Normen ist indessen durch die bundesrechtliche Regelung der Ersatzpflicht für bestimmte Kategorien kantonaler Beamten: der Zivilstandsbeamten (Art. 42 ZGB), der Vormundschaftsbehörden (Art. 426 ff. ZGB) und der Betreibungs- und Konkursbeamten (Art. 5 SchKG) eingeschränkt worden. Gegenüber diesen Spezialvorschriften des Bundeszivilrechtes können die Kantone nichts Abweichendes anordnen.[3])

[1]) Zeitschrift für schweiz. Recht 1912, S. 751 ff. und 601 ff. (Aufsätze von Ott und Kaufmann) und Z. b. J., Band 72, S. 257 (Aufsatz von Wimmer).

[2]) Zwanzig Kantone haben die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht als verfassungsrechtlichen Grundsatz konstituiert, vgl. Geeser, Diss. Freiburg 1899: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen, S. 12.

[3]) Tuor: Das schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 1934, S. 23.

Wir betrachten im Folgenden den Inhalt einiger kantonaler Beamtengesetze, lassen jedoch vorerst den Grund der Haftung weg und begnügen uns festzustellen, dass und wie sie existieren, ob der Beamte persönlich und allein einstehe oder, ob auch der Staat, sei es eine direkte oder subsidiäre Verantwortlichkeit übernehme. Wer ist schadenersatzpflichtig, wenn der Beamte einen Dritten oder einen andern Beamten geschädigt hat? Der Beamte oder der Staat, oder beide zusammen und wenn dieses zutrifft: haftet der Staat solidarisch neben dem Beamten oder subsidiär hinter dem Beamten? Feststeht, dass der Beamte für den Schaden, den er in rechtmässiger Ausübung der Staatsgewalt und seiner Amtspflicht dem Bürger antut, nicht ersatzpflichtig wird. Eine persönliche Schadenersatzpflicht des Beamten entsteht immer nur aus rechtswidriger Schadenszufügung. Für kantonale Beamte besteht sie kraft Bundesrecht, in Glarus, Appenzell I.-Rh. und Aargau, weil diese Kantone von der ihnen durch Art. 61 Abs. 1 OR eingeräumten Befugnis zur Regelung der Beamtenverantwortlichkeit keinen Gebrauch gemacht haben. Das Prinzip der persönlichen Schadenersatzpflicht des Beamten kraft kantonalen Rechtes gilt ferner in Zürich, Luzern, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Appenzell A.-Rh., St. Gallen und Tessin.

Eine Anzahl von gesetzlichen Erlassen der Kantone verweist den geschädigten Bürger direkt an den Staat und überlässt es diesem, den Rückgriff auf den Schadensstifter zu nehmen. Eine unmittelbare Staatshaftung ist vorgesehen in den Kantonen: Schaffhausen, Neuenburg und Genf.[1]) Im Kanton Luzern, dessen Verantwortlichkeitsgesetz von 1842 in Revision begriffen ist und im Kanton Aargau, der einen Entwurf für ein Verantwortlichkeitsgesetz ausgearbeitet hat, ist ebenfalls die Einführung der direkten Staatshaftung geplant. In einer Reihe von Kantonen besteht unabhängig und teilweise abweichend von der allgemeinen Regelung der Schadenersatzpflicht eine direkte Staatshaftung für den Schaden, der einem Unschuldigen durch Strafverfolgung oder Strafvollzug angetan wird.[2]) Im Gebiete des Zivilrechtes weist der Art. 849 ZGB den Geschädigten für allen Schaden, der daraus entsteht, dass eine Gültschätzung nicht mit erforderlicher Sorgfalt vorgenommen wurde, an den Kanton. Desgleichen der Art. 955 ZGB für den Schaden, der aus der Führung des Grundbuches entsteht. Hier genügt es, dass ein grundbuchlicher Akt dem Verletzten einen Schaden zufügt, um diesem ungeachtet dessen, ob den betreffenden Beamten ein Verschulden trifft, die Klage gegen den Kanton in die Hand zu geben. Wieland weist darauf hin, dass der Schaden widerrechtlich zugefügt sein muss; im Gesetz ist von dieser Voraussetzung allerdings nicht die Rede.[3]) Diese ganz ausserhalb des Systems des ZGB liegende Haftung ist dadurch begründet, dass die Kantone im Interesse der Hebung des Hypothekarkredites zu einer absolut zuverlässigen Führung des Grundbuches angehalten sind und dass anderseits der Bürger, der am Liegenschaftsverkehr teilnimmt, gezwungen ist, sich an die Mitwirkung der Grundbuchbeamten zu halten. Verlangt der Staat vom Einzelnen, dass er seine Interessen in so weitgehendem Masse in die Hand eines Beamten lege, ist es billig, dass der Staat für einen aus Führung des Grundbuches entstehenden Schaden eintritt. Hinsichtlich des Rückgriffs gegen den fehlbaren Beamten ist es der kantonalen Gesetzgebung

[1]) Zeitschrift f. schweiz. Recht, Neue Folge Bd. 7, S. 529 ff. (Aufsatz von Ziegler).
[2]) Vgl. z. B. Zb J., Band 70, S. 282 ff.
[3]) Wieland: Kommentar zum ZGB, Zürich 1908, Komm. zu Art. 955.

überlassen, Spezialvorschriften aufzustellen. Die Absätze *2* und *3* von Art. 955 haben insofern subsidiäre Bedeutung, als mangels kantonaler Bestimmungen, die den Rückgriff überhaupt ausschliessen können, der Grundbuchbeamte bis zu leichter Fahrlässigkeit auf dem Regressweg belangt werden soll.

In einer dritten Gruppe gesetzlicher Regelung finden wir die persönliche Schadenersatzpflicht des Beamten mit der Staatshaftung kombiniert, sei es alternativ, sei es kummulativ. 1. Eine alternative Schadenersatzpflicht der Beamten oder des Kantons besteht in Freiburg und Thurgau. Grundsätzlich ist jede Behörde, jeder Beamte und Angestellte des Kantons, des Bezirkes oder der Gemeinde für seine Amtshandlungen persönlich verantwortlich. Die Zivilklage ist aber erst auf ein vorausgegangenes Erkenntnis der Regierung oder des Grossen Rates zuzulassen. Wird die Ermächtigung ausdrücklich oder stillschweigend verweigert, richtet sich die Klage gegen den Staat. *2.* Eine Kummulation der Schadenersatzpflicht kommt in zwei Arten vor: a) der Staat haftet subsidiär hinter dem Beamten für den Betrag, der von der in Anspruch genommenen Amtsperson unerhältlich ist. Eine subsidiäre Staats-, resp. Gemeindehaftung existiert in den Kantonen: Zug, Solothurn, Graubünden und Wallis. Auch der Kanton Uri kennt diese Art der Staatshaftung, jedoch nur «bis zum Betrag der doppelten Amtskaution» des Beamten, der den Schaden angerichtet hat. Von Bundesrechtswegen ist den Kantonen die gleiche Haftung auferlegt für die Zivilstandsbeamten (Art. *42* ZGB), für die Betreibungs- und Konkursbeamten (Art. 5 SchKG) und für die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden (Art. *426* ff ZGB).

Mit der Verantwortlichkeit dieser wird sich unsere Arbeit später eingehend befassen. In diesem Zusammenhang bringen wir kurz die staatliche Ersatzpflicht für Amtsverletzungen jener beiden Kategorien von Beamten zur Sprache. Dem Gesetzgeber lag es offenbar daran, allen zivilstandsamtlichen Akten den Stempel absoluter Sicherheit und Garantie aufzudrücken. Obschon zwar nicht von einer Haftung der Gemeinden oder Kreise gesprochen wird, ist anzunehmen, dass, weil die Souveränität der Kantone die Verantwortlichkeit ihrer Beamten zu normieren, besteht, Art. *42* in dieser Beziehung keine Ausnahme macht. Egger sagt: «Die Kantone können somit hinter der Haftbarkeit der Zivilstandsbeamten und den Aufsichtsbehörden diejenige der beteiligten Kreise oder Gemeinden, insbesondere der Wahlkörper, eintreten lassen, sofern sie vermögensfähig sind».[1]) Rossel und Mentha sind nicht der gleichen Ansicht und halten einzig den Kanton für subsidiär haftbar.[2]) Ein obergerichtlicher Entscheid, auf dessen Berufung das Bundesgericht nicht eingetreten ist, weil es sich in der ausschlaggebenden Frage um kantonales Recht handelt, folgt Rossel und Mentha. Es heisst da:

> «Diese Auslegung (eine Haftung von Gemeinde und Kreis auf dem Wege der Gesetzesinterpretation einzuführen) steht mit dem klaren Wortlaut von Art. *42* ZGB in Widerspruch. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die Vorschrift von Art. *427* Abs. *2* auch für die Verantwortlichkeit nach Art. *42* festzulegen, wäre dies ausdrücklich gesagt worden. Dem gegenüber beschränkt das Gesetz die analoge Anwendung der Art. *426* ff einzig auf den Fall, wo die Haftbarkeit der Auf-

[1]) Egger: Kommentar zu ZGB, Bd. 1, 1910, zu Art. 42, S. 161.
[2]) Rossel und Mentha: Manuel de droit civil suisse, te. 1. p. 116.

sichtsbehörden in Frage kommt. In diesen Bestimmungen erschöpft sich der Hinweis von Art. 42, Abs. 2, sodass es nicht angeht, eine Haftung von Gemeinde und Kreis auf dem Wege der Gesetzesinterpretation einzuführen. Diese Annahme rechtfertigt sich um so mehr, als die Verantwortlichkeit des Staates von der allgemeinen Schadenshaftung insofern abweicht, als sie nicht etwa nur bei Verschulden der staatlichen Behörden eintritt. Sodann muss noch in Betracht gezogen werden, dass das betr. kantonale Einführungsgesetz von der nach Ansicht der Kommentatoren bestehenden Befugnis, die Haftung der Gemeinden auch bei Schadenszufügung nach Art. 42 eintreten zu lassen, keinen Gebrauch gemacht hat. Gemäss der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum ZGB haftet die beteiligte Gemeinde für den Schaden, der vom Vormund oder von der vormundschaftlichen Behörde nicht gedeckt wird. Dass den Gemeinden eine analoge Haftpflicht für die vom Zivilstandsbeamten, bzw. dessen Aufsichtsbehörde verursachte Schädigung obliegt, wird vom Gesetz nirgends gesagt, wohl deshalb, weil die Beaufsichtigung des Zivilstandsbeamten Sache des Bezirksamtes, also eines staatlichen Organes ist und für die Gemeindebehörden gar keine Möglichkeit besteht, die Tätigkeit des Zivilstandsbeamten zu überwachen und nötigenfalls einzuschreiten, wenn ein Schaden droht».[1])

In den Art. 5 und 6 des SchKG wird festgelegt: «Betreibungs- und Konkursbeamte, sowie die von ihnen ernannten Angestellten sind für den Schaden verantwortlich, den sie durch ihr Verschulden verursachen. Soweit sie oder deren Bürgen den Schaden nicht ersetzen können, haftet der Kanton. Die Kantone haben das Recht des Rückgriffs gegen die Wahlkreise, von denen die Beamten und Angestellten ernannt sind.» Ueber die Verantwortlichkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen spricht das Bundesgesetz nicht. Für Amtshandlungen, die z. B. auf Befehl oder mit ausdrücklicher Zustimmung der Aufsichtsbehörde erfolgen, ist diese in dem Masse haftbar, als die Verantwortlichkeit aus kantonalem Rechte resultiert.[2])

b) Der Staat haftet primär neben dem Beamten. Der Geschädigte kann sowohl vom Beamten, als auch vom Staat den Ersatz des ganzen Schadens verlangen. Der Staat hat hier nicht die Stellung eines einfachen, sondern die eines Solidarbürgen. Diese doppelte Haftung besteht in Baselstadt, Baselland und Bern. Das bernische Verantwortlichkeitsgesetz ist besonders ausführlich redigiert. Nach ihm sind alle Behörden für den Schaden haftbar, der aus Nichterfüllung der Obliegenheiten Dritten entsteht; die Mitglieder eines Kollegiums sind nicht solidarisch haftbar, für unvermögende Mitglieder tritt der Staat ein. Die Klage kann adhäsionsweise oder auf zivilem Wege geltend gemacht werden. Bei nicht strafbaren Pflichtverletzungen kann sie ziviliter erst erhoben werden, nachdem ihr durch den Regierungsrat oder das Obergericht auf Grund eines Disziplinarverfahrens stattgegeben wird. § 51 des Verantwortlichkeitsgesetzes lautet aber: «Zivilansprüche gegen verantwortliche Behörden und Beamte können unmittelbar gegen den Staat geltend gemacht werden, sofern der Kläger 30 Tage zuvor an den Regierungsrat gelangt ist».[3]) Diese koordi-

[1]) SJZ. Bd. 20, S. 50.
[2]) Jaeger: Kommentar zum SchKG, Art. 5, Note 5.
[3]) Vgl. Bernisches Verantwortlichkeitsgesetz vom 19. Mai 1851.

nierte Möglichkeit erleichtert die Stellung des Klägers, indem er sich in praxi meistens an den Staat halten wird, dem dann insoweit der Rückgriff zusteht, als der Beamte selbst schadensersatzpflichtig wäre.

Die Fassung der kantonalen Gesetzestexte ist sehr oft knapp und kurz. Bei der näheren Bestimmung der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens, des Schadenersatzes, der Verjährung, des Verhältnisses unter mehreren Schadensstiftern und der Anrechnung eines Selbstverschuldens des Geschädigten schweigen sie sich häufig aus oder geben nur lückenhaft Auskunft. In diesen Fällen wird eine Ergänzung auf dem Gebiete des Bundeszivilrechtes gesucht werden müssen. Die herangezogenen Artikel des OR bilden dann öffentliches Recht der Kantone, im Gegensatz zu einer älteren Doktrin, die die Ansicht vertrat, jede Rechtsfrage auf die das kantonale, öffentliche Recht keine Antwort bereit habe, sei nach Bundeszivilrecht zu entscheiden.[1]) Sobald also eine kantonale Regelung der Beamtenverantwortlichkeit vorliegt, tritt das Bundeszivilrecht lediglich als subsidiär kantonales Recht in ihre Lücken ein. Dies gilt auch dann, wenn das kantonale Recht ausdrücklich auf das Bundeszivilrecht verweist. Ein vormundschaftliche Angelegenheiten berührender, bundesgerichtlicher Entscheid, auf den wir noch zurückkommen, äussert sich hierüber wie folgt:

> «Freilich hat die Vorinstanz Art. 44 OR zur Anwendung gebracht mit der Begründung, über die Herabsetzungsgründe enthalte das kantonale Beamtenverantwortlichkeitsgesetz keine abweichenden Bestimmungen. Allein, wenn Lücken in der besonderen kantonalen Ordnung der Beamtenverantwortlichkeit von der Rechtsprechung durch die Heranziehung einzelner Vorschriften des OR über die Deliktsobligationen ausgefüllt werden, sind letztere als Bestandteile des kantonalen Rechtes anzusehen, umsomehr als dies sogar bei ausdrücklicher Verweisung angenommen wird».[2])

Sofern nur die Kantonsverfassung den Grundsatz der Beamtenverantwortlichkeit ausspricht und keine weiteren Bestimmungen erlassen wurden, sind allerdings Art. 41 ff. OR als Bundeszivilrecht anzuwenden. Hinsichtlich der Haftung des Staates, der in Erfüllung seiner öffentlichrechtlichen Aufgabe bei Ausübung der Staatsgewalt handelnd auftritt, ist die Anwendung des Bundeszivilrechtes grundsätzlich ausgeschlossen. Es besteht hier ein Unterschied gegenüber der Beamtenhaftung. Während Art. 61 OR das Bundeszivilrecht für die Schadenersatzpflicht der Beamten grundsätzlich als anwendbar erklärt, schliesst Art. 59 ZGB es bezüglich der Ersatzpflicht des Staates grundsätzlich aus. Bestimmt also das kantonale öffentliche Recht nichts bezüglich der staatlichen Haftung oder regelt es diese Ersatzpflicht lückenhaft, bleibt das Bundeszivilrecht ihm gegenüber prinzipiell unanwendbar.[3])

---

[1]) Hafter: Personalrecht, Kom. zu Art. 59, Note 7.

[2]) BE Bd. 53, II., S. 367 68 (Erben Meng-Erben Bundi).

[3]) Dieser Ansicht sind: Egger: Kommentar zu Art. 59, Note 11 und: Oser-Schönenberger: Kommentar zu Art. 61 OR, Note 8, vgl. auch BE 41 II, S. 61 und 569. Anderer Meinung: Hafter: Kommentar zu Art. 59, ZGB, Note 7.

§ 5. Die Voraussetzungen der Beamtenverantwortlichkeit

Bei der Beurteilung einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage gegen einen Beamten sind: 1. Die schädigende Person und 2. die schädigende Handlung einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

1. Die schädigende Person.

Die zu belangende Person muss ein Beamter im Sinne des öffentlichen Beamten und Angestellten sein, der auf Grund eines öffentlichrechtlichen Aktes zur Ausübung eines bestimmten Kreises staatlicher Tätigkeit berufen ist.[1]) Erste Voraussetzung eines Beamtenverhältnisses ist demnach ein durch den öffentlich-rechtlichen Akt der Anstellung entstandenes Dienstverhältnis zum Staat oder einer Korporation des öffentlichen Rechtes. Das Beamtenverhältnis gehört dem öffentlichen Rechte an. Es unterscheidet sich z. B. vom Dienstverhältnis, in welchem die in staatlichen oder kommunalen Betrieben beschäftigten Angestellten und Arbeiter zum Staate stehen. In der Regel hat die Ernennung die Einwilligung des zu berufenden Beamten zur Voraussetzung; doch ist das Requisit der Freiwilligkeit nicht absolut notwendig. Es kann auch eine gesetzliche Pflicht zur Uebernahme eines Amtes bestehen. Man muss sich jedoch davor hüten, überall da, wo ein Zwang zur Uebernahme eines Amtes besteht, auch auf die Beamtenqualität zu schliessen. Sehr oft handelt es sich um die Erfüllung einer jedem Bürger obliegenden, staatlichen Dienstpflicht. z. B. bei dem Amt eines Vormundes, eines Geschworenen, einer Militärperson, die der allgemeinen Bürgerpflicht zur Leistung von Militärdienst nachkommt, ferner bei Steuerkommissionsbehörden, Wahlbureaux u. a. m. Zweite Voraussetzung: Es muss ein Dienstverhältnis zum Staate sein, d. h. die Dienste müssen zur Erfüllung einer öffentlichen, staatlichen Aufgabe geleistet werden; das Interesse des Staates muss prävalieren. Der Vormund ist darum auch kein Beamter. Er führt sein Amt nicht im Interesse des Staates, sondern wahrt die Mündelinteressen unter der Aufsicht des Staates. In einigen unserer Kantone sind die Beamten der Gemeinden denjenigen des Staates gleichgestellt.[2]) Wer haftet aber für den Schaden, den ein Gemeindebeamter in Erfüllung staatlicher Aufgaben einem Dritten zufügt? Ist die Gemeinde, die den Beamten angestellt hat, mitverantwortlich, oder nur der Kanton, in dessen Dienst der Beamte gehandelt hat? Das entscheidende Moment ist darin zu suchen, ob der Beamte im Aufgabenkreis des Staates oder der Gemeinde tätig war. Je nach dem wird der Schaden von einem oder andern Gemeinwesen allein oder mitgetragen werden müssen. Bei den Vormundschaftsbehörden, Grundbuch-, Zivilstands- und Betreibungs- und Konkursbeamten handelt es sich um kantonale Beamte. Es ist in der Schweiz üblich und zulässig, kantonale Behörden zur Ausführung von Bundesgesetzen zu benutzen.[3]) Dadurch, dass das Bundesrecht ihre Aufgabe umschreibt und ihre Verantwortlichkeit regelt, wird ihrem Dienstverhältnis zum Kanton kein Abbruch getan. Durch seinen Eintritt in den Staatsdienst übernimmt der Beamte eine Reihe von Verpflichtungen. Verstösst er gegen eine seiner Amtspflichten, stehen dem Staat Mittel dreifacher Art, ihn zu bestrafen, zur Verfügung: Disziplina-

[1]) Albert Schütz: Diss., Zürich 1918: Die Ersatzpflicht des Staates, S. 34 ff.
[2]) Die westschweizerischen Kantone und Schaffhausen.
[3]) Burckhardt: Kommentar zur Bundesverfassung, S. 609.

rische, straf- und zivilrechtliche.[1]) Anderseits hat der Beamte das Recht auf Schutz durch den Staat in Ausübung seines Amtes. Auf die Art der zu leistenden Dienste kommt es nicht an. Sie können privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sein. Unerheblich für den Beamtenbegriff ist ferner, ob der Beamte für seine Tätigkeit ein Gehalt oder Gebühren bezieht oder ob er sie unentgeltlich ausübt. Behörde ist, wie der Beamte, ein Organ des Staates oder eines öffentlichrechtlichen Verbandes. Sie setzt sich aus einer Mehrzahl von Personen zusammen, die auf Grund eines öffentlichrechtlichen Aktes zur Ausübung einer bestimmten, staatlichen Tätigkeit berufen sind. In den meisten Fällen ist die Behörde nach dem Kollegialsystem aufgebaut. Die Mitglieder sind einander koordiniert. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass die Behörde aus einem einzigen Beamten besteht, für dessen Verantwortlichkeit dann der Aufgabenkreis des Kollegiums massgebend ist. Wo an Stelle des Beamten ein Stellvertreter handelt, ist zu untersuchen, ob er vom Staat, von der ihm übergeordneten Behörde, vom Beamten selbst, in dessen Kompetenz dieser Akt fällt, ernannt worden ist, oder, ob die Anstellung eine unrechtmässige war. Je nach dem fällt die Ersatzpflicht des verantwortlichen Beamten, des Staates, der Behörde, oder des Stellvertreters aus.

2. Die schädigende Handlung.

a) In Ausübung einer amtlichen Verrichtung:

In Ausübung «amtlicher Verrichtungen« heisst im Gegensatz zur «gewerblichen», laut Art. 61, Abs. 2, OR soviel, wie in Ausübung spezifisch staatlicher Tätigkeit, die nur dem Staat zukommt kraft seiner im öffentlichen Recht begründeten Hoheitsrechte und die eine mit Befehl und Zwang auf Verwirklichung der Staatszwecke gerichtete Tätigkeit ist. In den Amtshandlungen äussert sich der Wille des Staates. Die aus dem Amte sich ergebenden Pflichten und Aufgaben werden durch das öffentliche Recht bestimmt und beruhen entweder auf Gesetz oder auf gesetzvertretender Ordnung oder autonomer Satzung. Dass die Regelung der für vormundschaftliche Zivilstands-, Grundbuch- und Gültschatzungsbeamte geltenden Verhältnisse durch das ZGB, also durch Bundeszivilrecht, vorgenommen ist, tut dem Vorhandensein von öffentlichem Recht keinen Abbruch. Denn für die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht ist nicht darauf abzustellen, in welchem Gesetz der betreffende Rechtsatz niedergelegt ist. Ein vollständiger Ausschluss des öffentlichen Rechtes von der zivilrechtlichen Kodifikation des ZGB war nicht durchführbar. Hier musste die praktische Erwägung entscheiden, inwieweit ein brauchbares Gesetz es verlange, dass in Verbindung mit einer privatrechtlichen Normierung auch nicht zu ihr gehörige Nebenpunkte mitbehandelt werden.

Für jede Amtshandlung wird die Kompetenz des betreffenden Beamten verlangt. Das Amt ermächtigt ihn nicht zur Kompetenzüberschreitung. Indessen kann man es dem Einzelnen nicht überlassen, die Zuständigkeit des Beamten nachzuprüfen und sein Handeln genau zu überwachen. Sofern noch irgend ein Zusammenhang zwischen der Sache, in welcher ein Beamter tätig ist, und seinem Amte zu existieren scheint, wird der Bürger annehmen dürfen, der Beamte habe die Kompetenz zur Vornahme der Handlung. Wenn z. B. unzuständigerweise und ohne Ermächtigung

[1]) Geeser, S. 31 ff.

durch das Kollegium ein Mitglied einer VB. an Stelle des gesetzlichen Vertreters sich in dessen Wirkungskreis einmischt und für den Mündel rechtsgeschäftlich handelt, wird letzterem, selbst wenn er urteilsfähig sein sollte, der Einwand nicht entgegen gehalten werden können, er hätte die Kompetenz des Beamten kennen sollen. Erst da, wo ein Beamter eine Handlung vornimmt, die offensichtlich nicht zu seinem Amtskreis gehört, so erkennbar, dass es jedermann bemerkbar ist, wird man dieser Handlung den Charakter der Amtshandlung absprechen dürfen.

b) Die Rechtswidrigkeit:

Die Rechtswidrigkeit der Schädigung ist eine unerlässliche Voraussetzung jeder Beamtenpflicht.[1]) Rechtmässige Schadenszufügung verpflichtet den Beamten nie zu Schadenersatz. Zur Schadenersatzpflicht gehört stets die Verletzung eines Rechtssatzes. Die Verletzung bloss interner Dienstpflichten begründet jedoch keine Schadenersatzpflicht dem Bürger gegenüber, da dieser kein Recht auf die Beobachtung jener besitzt.[2]) Beim Handeln auf höheren Befehl wird aber gefordert, dass der untere Beamte die ihm obliegende oder von ihm für geboten erachtete Prüfung der Gesetzmässigkeit einer Dienstvorschrift nach der Zuständigkeit des befehlenden Beamten und darnach, ob der Befehl nicht gegen ein Verbotsgesetz verstösst, gewissenhaft vornimmt. Für Rechtswidrigkeit ist die «violation d'un devoir déterminé» erforderlich.[3]) Sie kann auch eintreten in der Form des Unterlassens, wenn eine Pflicht zum Handeln bestanden und ein Dritter Anspruch auf das bestimmte Tun des Beamten hätte. Im Vormundschaftsrecht äussert sich das z. B. in der Nichteinleitung des Bevormundungsverfahrens, trotzdem die Voraussetzungen dazu vorliegen. Sobald der VB. nämlich der Eintritt eines Bevormundungsgrundes in der Gemeinde zur Kenntnis kommt, hat sie bei der AB. den Antrag auf Entmündigung zustellen. Erfüllt sie diese Pflicht nicht, ist sie für einen aus ihrem Unterlassen entstandenen Schaden verantwortlich. Allerdings entscheidet sie nach ihrem freien Ermessen, ob die Tatsachen, die ihr aus eigener Wahrnehmung oder aus Mitteilung von Drittpersonen bekannt sind, das Bestehen eines Grundes zur Bevormundung rechtfertigen. Die AB. prüft laut Praxis nur, ob die VB. nicht willkürlich handelt und ob sie die pflichtgemässe Sorgfalt beobachtete.[4])

c) Das Verschulden:

Das Verschuldensprinzip gilt sowohl in den Fällen, wo der Beamte vom Geschädigten eingeklagt wird, als auch in jenen, wo der Staat auf den Beamten Regress nimmt. Auch wenn für den Staat die reine Kausalhaftung gilt, kann er nur beim Vorliegen eines Verschuldens auf den Beamten zurückgreifen. Weder die Bundesgesetzgebung noch die Gesetzgebung irgend eines Kantons kennen eine Beamtenhaftpflicht ohne Verschulden. Zum Verschulden werden diejenigen Handlungen und Unterlassungen gerechnet, die auf einen den Anforderungen des Rechtes nicht entsprechenden, also pflichtwidrigen Willen zurückzuführen sind, auf Vorsatz oder mangelhafte Anpassung der seelischen Kräfte, um einen vom Gesetz verlangten Erfolg herbeizuführen oder einen missbilligten Erfolg zu verhüten.[5]) Wenn eine VB einen Vater nicht auffordert, für das von

[1]) Geeser: S. 50 ff.
[2]) E. Ruck: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1934, S. 145.
[3]) ZbJ. Bd. 66, S. 374.
[4]) Vgl. z. B. Art. 31 bern. Einführungsgesetz zum ZGB und Mon. Schr. bern. Verw. R., Band 32, S. 290 und Band 31, S. 231.
[5]) Becker: Kommentar zum OR Art. 41, Note 17.

der Mutter ererbte Kindesvermögen, das in seinem Geschäft steckt, Sicherstellung zu leisten, obschon dies nach der Lage der Umstände hätte geschehen sollen, liegt darin ein schuldhaftes Verhalten.[1])

Objektive Rechtswidrigkeit und subjektives Verschulden hangen insofern oft eng zusammen, als eine rechtswidrige Schädigung, die infolge Rechtsunkenntnis oder infolge Unkenntnis der Amtspflicht eintritt, dem Beamten möglicherweise auch zum Verschulden angerechnet werden muss. Aber nicht jeder Rechtsirrtum darf als Verschulden betrachtet werden. Das allgemeine Prinzip, dass der Irrtum über die Tatsachen als entschuldbar anzusehen sei, der Rechtsirrtum dagegen nicht, weist sehr viele Ausnahmen auf.[2]) Auch beim Irrtum über Tatsachen ist immer darauf abzustellen, ob die pflichtgemässe Sorgfalt beobachtet wurde, selbst wo ein freies Ermessen des Beamten besteht. Innerhalb des durch das Recht begrenzten Kreises freien Ermessens ist nämlich ein Verschulden unmöglich.

Weder die Bundesgesetzgebung noch diejenige irgend eines Kantons schliessen die Schadenersatzpflicht beim Vorliegen der schwersten Schuldform, der Absicht, aus. Für den Schaden, den der Beamte vorsätzlich anrichtet, ist er immer ersatzpflichtig. Besonderheiten zeigen sich bei der Schuldform der Fahrlässigkeit: 1. Eine Anzahl von Kantonen beschränkt die Ersatzpflicht der Beamten und Behörden auf die grobe Verletzung der Amtsvorschriften.[3]) Nur Dritten, nicht aber gegenüber dem Staat gilt dies in den Kantonen Zürich, Schwyz, Schaffhausen und Appenzell A.-Rh. 2. In allen übrigen Kantonen und im Bund haftet der Beamte dem Staat und dem Bürger grundsätzlich für allen Schaden, den er durch irgend welches Verschulden (omnis culpa), also auch durch bloss leichte Fahrlässigkeit anrichtet. Als Typus für die Beurteilung der Fahrlässigkeit gilt derjenige des Durchschnittsbeamten. Art. 37, Abs. 2, des baselstädtischen Beamtengesetzes sagt: «Grundsätzlich haftet jeder Beamte für leichte Fahrlässigkeit, jedoch nur nach richterlichem Ermessen und in jedem einzelnen Schadensfall höchstens bis zum Betrag einer halben Jahresbesoldung». Dem Richter wird also anheimgestellt, die Beamten verschiedener Dienstzweige, besonders in Fällen geringer Fahrlässigkeit, nach eigenem Ermessen zu richten. Denn es ist klar, dass die Anforderungen, die an einen Beamten schlechthin gestellt werden, nicht unbedingt auch für eine mit einem Spezialauftrag bedachte Amtsperson gelten müssen. Aus der Abstufung der Verantwortlichkeit, je nach Art der Fahrlässigkeit, resultieren z. B. die kantonalen Sonderbestimmungen bezüglich der Urkundspersonen, die in Zürich, Schwyz, Appenzell A.-Rh., Schaffhausen und Tessin für leichte Fahrlässigkeit haften, und die bundesrechtlichen Verschuldensnormen hinsichtlich der Betreibungs- und Konkursbeamten, der Zivilstandsbeamten und der Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden, der Gültschätzer und Grundbuchführer für den Fall des Rückgriffes, die alle für jede, auch die geringste Fahrlässigkeit einzustehen haben.

d) Der Schaden:

Sowohl die Haftung des Beamten als auch die des Staates treten erst ein mit dem Nachweis eines erlittenen Schadens seitens des Dritten. Dem Nachteil in vermögensrechtlicher Hinsicht, dem Verluste von ökonomi-

[1]) Mon. Schr. bern. Verw. R., Bd. 33, S. 459.
[2]) Geeser S. 79 ff.
[3]) Geeser S. 68.

schen Interessen, der den Schadensersatzbegriff fixiert, steht die Differenz zwischen dem jetzigen und dem vormaligen Stand an ideellen Werten, die Anspruch auf eine Genugtuungsleistung gibt, gegenüber.

> «Ein Schaden liegt vor, wenn anstelle des vorgestellten Zustandes, der bestimmten Zwecken der geschädigten Person dienen sollte, ein anderer Zustand getreten ist, welcher der betreffenden Person für dieselben Zwecke weniger dienlich ist. Wenn nun dieser weniger zweckdienliche Zustand infolge einer widerrechtlichen und schuldhaften Amtshandlung herbeigeführt worden ist, führt er zu Schadenersatz. Damit dieser eintritt, ist notwendig, dass der Schaden schon besteht. Ein zukünftig möglicher Schaden kann nicht ersetzt werden. Sofern die ziffernmässige Feststellung des Schadens unmöglich ist, muss er eben durch eine Feststellungsklage ermittelt werden»,

sagt Müller.[1])

Wer den Schaden bewiesen hat, kann Ersatz beanspruchen. Der Beweispflichtige ist der Geschädigte, der sein Recht geltend macht. Die Beweispflicht obliegt ihm allerdings nicht bloss für den Schaden, sondern auch für die übrigen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht. Die Gegenpartei hat die von ihr geltend gemachten Einwendungen ebenfalls zu beweisen. Die Reichweite der Beweislast ist in jedem Einzelfalle in das Ermessen des Richters gestellt. Als Maximum der Entschädigung kommt der Ersatz für den vollen Schaden in Betracht. Die Schadenersatzpflicht beschränkt sich nicht nur auf die Wertverminderung des Vermögens, sondern umfasst auch den entgangenen Gewinn (damnum emergens und lucrum cessans).

Die Schadenersatzpflicht kann in folgenden Fällen durch das richterliche Ermessen beeinflusst werden: 1. Wenn die Grösse des Verschuldens in keinem richtigen Verhältnis zur Höhe des eingetretenen Schadens steht. Hierher gehört z. B. die Voraussehbarkeit des Schadens oder das Motiv der Handlung. 2. Wenn Umstände das schädigende Ereignis in irgend einer Weise beeinflussen, beispielsweise wenn durch die schädigende Handlung dem Verletzten ursächlich ein Vorteil entsteht, sodass der Richter auf eine compensatio lucri cum damno erkennt. 3. Wenn die in Art. 44 OR erwähnten Umstände zutreffen. Wir werden später auf die Schadenersatzpflicht zurückkommen und begnügen uns hier festzustellen, dass das sog. konkurrierende Verschulden des Geschädigten, sei es in direkter oder indirekter Einwirkung auf den Schaden, durch die Grösse des zu leistenden Ersatzes zum Ausdruck gebracht wird.

Anschliessend an die Erörterungen über den Schaden und den Ersatzanspruch sei hier kurz auf dessen Geltendmachung verwiesen. Die Schadenersatzansprüche gegen Beamte und den Staat aus fehlerhaften Amtshandlungen sind vor den ordentlichen Zivilgerichten zu erheben, sofern der Kläger sich, wie es z. B. der Bund, Bern und Freiburg geordnet haben, darüber ausweist, dass er im Besitz der vorgeschriebenen, oberinstanzlichen Zustimmung ist. Ob man mit der Zuweisung der Klage gegen den Staat an den ordentlichen Zivilrichter das Richtige getroffen hat, ist bestritten. Wenn auch der Schadenersatz selbst ein vollkommen zivilrechtlicher ist und Autoren die Ansicht vertreten, die juristische Grundlage der staatlichen Schadenersatzpflicht sei eine privatrechtliche Haftung ex lege, z. B. Gierke: «Der Anspruch gegen den Staat aber ist dieselbe zivilrecht-

[1]) M. L. Müller: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912, S. 92.

liche Schadenersatzforderung wie sie dem Geschädigten dem fehlbaren Beamten gegenüber zustehen würde»,[1]) — liegen doch die meisten Voraussetzungen durchaus im öffentlichen Recht. Fleiner sagt, dass öffentliches Recht und Privatrecht sich im Rechtsleben durchdringen und einander ergränzen. Es könne sehr wohl ein privatrechtliches Verhältnis Voraussetzung für ein öffentlich-rechtliches sein und dadurch öffentlich-rechtliche Wirkungen erzeugen und umgekehrt.[2])

e) Der Kausalzusammenhang:

Der Schaden muss durch die rechtswidrige und schuldhafte Amtshandlung verursacht sein, d. h. zwischen der fehlerhaften Amtshandlung des Beamten und dem eingetretenen Umstand muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Nur dann ist ein Nachteil ersatzwürdig, wenn er in einem bestimmten Kausalnexus mit der unerlaubten Handlung steht. Erscheint nach der Anschauung des Lebens das Verhalten nicht mehr als Ursache, sondern nur als entfernte Veranlassung der Schädigung, so besteht eine Haftung für diese nicht mehr. Es ist aber gerechtfertigt, bei dolosem Handeln und grober Fahrlässigkeit die Verantwortung weiter auszudehnen als bei geringer Fahrlässigkeit. Allgemein und zum vorneherein kann nicht bestimmt werden, was in jedem einzelnen Fall den Kausalzusammenhang bewirkt. Als Verursachung ist nicht das Setzen jeder beliebigen Bedingung zu werten, sondern nur das erscheint als Verursachung, wodurch die Wahrscheinlichkeit des Erfolges in offenbarer Weise begünstigt wurde. Zugerechnet wird nur der Erfolg, den die als Bedingung in Betracht fallende Handlung in ihrer Eigenart geeignet war, nach sich zu ziehen (adequate Verursachung).[3]) Bei Unterlassungen eines Beamten wird ein Kausalzusammenhang anzunehmen sein, wenn einerseits der Eintritt des Schadens und anderseits das Vorhandensein von gesetzlichen Vorsichtsmassregeln, durch deren Nichtbeachtung der Schaden eingetreten ist, nachgewiesen wird, sofern nicht dargetan würde, dass die Unterlassung nicht geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeizuführen.

2. Kapitel: Die vormundschaftliche Verantwortlichkeit

§ 6. Abgrenzung der kant. Beamtenverantwortlichkeit von der besonderen vormundschaftlichen Verantwortlichkeit.

1. Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Behörden aus Art. 426 ff. ZGB ist zu beschränken auf die ihnen durch das Bundesrecht zugewiesenen amtlichen Obliegenheiten. Sie dient hauptsächlich der Sicherung des Mündelvermögens: «Die Einführung der Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe hat ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit des Mündelvermögens stattgefunden».[4]) Art. 426 spricht von einer sorgfältigen Verwaltung bei der Amtsausübung. Wo es sich um die Führung der Vormundschaften, um die Pflicht zur Vorkehrung von Massnahmen bei vorläufiger Amtsübernahme, um die Entziehung der Handlungsfähigkeit (Art. 386 ZGB), um die Unterlassung einer Veröffent-

[1]) Gierke: Deutsches Privatrecht S. 456.
[2]) Fleiner: Verwaltungsrecht S. 55.
[3]) Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechtes. Berlin 1906. S. 472.
[4]) Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, 2. Ausg. I. S. 310 und 312.

lichung, um die Erledigung von Aufgaben laut Eltern- und Kindesrecht und laut Art. 177, Abs. 2 und 3, ZGB etc. handelt, ist die Schadenersatzpflicht der vormundschaftlichen Organe und deren Mitglieder gemäss Bundeszivilrecht zu beurteilen.

2. Das Kriterium eines allfälligen immateriellen Schadens, der sowohl in Ausübung von bundesrechtlichen Funktionen wie durch die Obliegenheiten laut Beamtenrecht entstehen kann, richtet sich nach den Voraussetzungen des Art. 49 OR. Art. 426 ZGB verpflichtet nur zum Ersatz von Vermögensschaden. Unter Berücksichtigung der subsidiären Geltung der allgemeinen Bestimmungen des OR wird der Genugtuungsanspruch auch auf die kantonalen Verantwortlichkeitsnormen Anwendung finden, sofern nicht ein Beamtengesetz die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen auf Grund der in Art. 61 OR eingeräumten Befugnis abweichend geregelt hat. Ein bundesgerichtlicher Entscheid äussert sich hierüber in folgender Weise:

> «Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Verhalten der VB., bzw. ihrer Mitglieder bei der Führung der Vormundschaft eine Verletzung der Persönlichkeit des Mündels oder des zu Entmündigenden in sich schliesst, wofür gestützt auf Art. 49 OR Genugtuung gefordert werden könnte, sofern nicht das kantonale Beamtenverantwortlichkeitsrecht platzgreift (was die Vorinstanz verneint hat). So lässt sich auch nicht vermeiden, dass die Beklagten den Kläger durch die überstürzte Entziehung der Handlungsfähigkeit in seiner Persönlichkeit verletzt haben und zwar schwer. Allein für die Zusprache einer Genugtuungssumme bedarf es ausserdem der besonderen Schwere des Verschuldens, und diesen Vorwurf verdienen die Beklagten denn doch nicht. Insbesondere liegt ja kein Anhaltspunkt dafür vor, dass sie sich dabei etwas von persönlicher Animosität gegen den Kläger haben leiten lassen».[1])

3. Mit der Einführung des ZGB sind die vormundschaftlichen Behörden nicht Bundesbeamte geworden. Sie stehen immer noch unter kantonaler Hoheit und hätten sich den kantonalen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Beamten zu unterziehen, wenn aus irgend einem Grunde die vormundschaftlichen Verantwortlichkeitsnormen des ZGB in Wegfall kämen. In einer solchen Situation besässe das kantonale Beamtenrecht demnach allgemeine Gültigkeit und gleichsam die Funktionen einer Unterlage, die erst nach Entfernung der sie überdeckenden Materie wieder in Erscheinung träte.

Das Familienrecht hält an einigen Stellen die Kantone dazu an, eingehendere Ordnungen in den von ihm gezogenen Rahmen zu treffen. Gestützt auf dieses kantonale Zivilrecht sagt Hess:

> «Die Verantwortlichkeit der Behörden für Entmündigung (Art. 373 ZGB), für Verbeiratung, für Entziehung der elterlichen Gewalt und für den Schaden, den sie durch Nichteinschreiten, zu spätes Eingreifen oder durch eine ungerechtfertigte Entmündigung verschulden, richtet sich nach den Bestimmungen des kantonalen Beamtenverantwortlichkeitsrechtes, resp. nach den subsidiär geltenden Normen über die unerlaubte Handlung».[2])

[1]) BE Bd. 57 II, S. 10 (Glutz-Gassmann u. Kons.)
[2]) Hess: Schweizerische Vormundschaft. S. 48.

Es handelt sich hier um Pflichten, deren Ueberbindung an die zuständigen Behörden die kantonalen Einführungsgesetze verfügen und für deren Verletzung zweifellos das kantonale Beamtenverantwortlichkeitsrecht Sanktionen zu verhängen hat. Das ZGB ahndet nur diejenigen Fehler, die es ausdrücklich den mit der Durchführung des Verfahrens betrauten Behörden zuschreibt. Es sei auf das Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 18. Mai 1914 verwiesen, welches die kantonalen Instanzen ermahnt, zur Vermeidung von Beschwerden die im Entmündigungsverfahren zu beobachtenden Verhaltungsregeln (Anhörung und Expertise) inne zu halten. Wenn, was in den meisten Fällen zutrifft, das Einführungsgesetz die VB. mit der Erhebung der Entmündigungsklage betraut, fallen für die Verletzung dieser Obliegenheit die Art. 426 ff. nicht in Betracht.

> «Für die Bundesgesetzgebung bestand keine Veranlassung, die Verantwortlichkeit aus der Erhebung der Entmündigungsklage durch die zuständige Behörde besonders zu ordnen für den Fall, dass diese Behörde nach der kantonalen Behördenorganisation die VB. ist, während andernfalls ja dem kantonalen Beamtenrecht anheim gegeben ist, dies zu tun (und nur subsidiär die Art. 41 ff. OR platzgreifen»,

lautet ein Abschnitt des vorstehend erwähnten bundesgerichtlichen Entscheides. Eine VB., die untätig zusieht, wie ein dem Trunke Ergebener sein Vermögen verschwendet oder die ungerechtfertigten Wiedereinsetzungsbegehren nachkommt, in der Absicht, sich eines Querulanten zu entledigen oder weil der Betreffende nicht Bürger der Gemeinde ist und darum im Falle der Armengenössigkeit auch nicht deren Finanzen beansprucht, wird für einen aus solchem Verhalten entstehenden Schaden nach Beamtenrecht verantwortlich.

Immerhin muss man sich fragen, ob, sofern ein Kanton die Einleitung des Entmündigungsverfahrens der VB. überträgt, er nicht die Absicht habe, sie für das Verhalten in dieser Hinsicht dem Art. 426 ff. ZGB zu unterstellen, zumal der Sinn der Worte: «Sorgfältige Verwaltung bei der Ausübung des Amtes, eine solche Interpretation nicht ausschliesst.[1]) Die Folgen der Anwendbarkeit von Art. 426 ff. würden sich in der Pflicht zu grösserer Sorgfalt, als laut Beamtenrecht, äussern wogegen die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches im Vergleich zum kantonalen Recht auf einen kleineren Personenkreis beschränkt wäre. Jenes wäre wünschenswert, da bekanntlich viele Behörden die Bevormundung zu spät, nachdem der Ruin und die Armengenössigkeit eingetreten sind, in die Wege leiten. Dieses Moment brächte eine unangenehme Einschränkung, die die kantonalen Rechte nicht kennen. Wir weisen deshalb auf die Konkurrenz von Art. 426 ff. ZGB und die Beamtenverantwortlichkeit hin, weil es in ein und demselben Prozess vorkommen kann, dass eine VB. sowohl Fehler bei der Einleitung und Durchführung der Entmündigung an sich als auch aus den durch das Bundesrecht zugewiesenen Obliegenheiten, z. B. aus der vorläufigen Entziehung der Handlungsfähigkeit und Anordnung einer Vertretung, zu begehen imstande ist und der Richter diese Fragen säuberlich von einander trennen muss. Der zitierte bundesgerichtliche Entscheid stellt fest, dass das Verhalten der mit Erhebung der Entmündigungsklage betrauten Behörde der kantonalen Beamtenverantwortlichkeit unterstehe, dass, sofern die Sache dringlich sei und

[1]) Eine Beschwerde laut Art. 31 bern. EG gegen die VB wegen Nichteinleitung des Entmündigungsverfahrens ist mit dem Titel: Verantwortlichkeit der VB aus Art. 426, überschrieben. vgl. SJZ Bd. 30 S. 120, Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 31 S. 231 und 232, S. 290, vgl. unsere Arbeit S. 28.

befürchtet werden müsse, der zu Bevormundende verweigere jede Auskunft, die Klageerhebung auch ohne vorherige Anhörung beschlossen werden könne, dass die gesetzliche Pflicht zur Anhörung die VB. nicht treffe, wo und insofern als sie nach der kantonalen Behördenorganisation sich darauf beschränken könne, Entmündigungsklage zu erheben, sondern das über die Klage zu urteilende Gericht, dass aber wegen der vorläufigen Entziehung der Handlungsfähigkeit und Anordnung einer Vertretung die Mitglieder der VB., gestützt auf Art. 426 ff. ZGB, verantwortlich seien, weil es sich um von bundesrechtswegen zugewiesene Befugnisse handle. Die vorläufige Entziehung der Handlungsfähigkeit durch die VB. sei nichts anderes als eine Antizipation der Entmündigung und dürfe daher nicht, wie die Entmündigungsklage, schon auf Grund des blossen Scheines eines Entmündigungsgrundes hin erfolgen, sondern erst, wenn sich die VB. vom Vorhandensein eines Entmündigungsgrundes überzeugt habe, soweit dies mit den ihr rasch zu Gebote stehenden, zur Aufklärung des Sachverhaltes tauglichen Mitteln überhaupt möglich ist. Dass die Behörde nicht mindestens den Versuch machte, den Kläger anzuhören, bevor sie ihm die Handlungsfähigkeit vorläufig entzog, könne nicht gebilligt werden. Sei es zwar nur für die definitive Entmündigung gesetzlich vorgeschrieben, so sollen doch die Wirkungen der Entmündigung nicht durch vorläufige Entziehung der Handlungsfähigkeit vorweg genommen werden, ohne dass sich die VB. darum kümmert, was der zu Entmündigende zu seiner Verteidigung vorbringen könne.[1])

Zweifellos kommt der Trennung der Rechtsfragen, sofern es sich hier um die Antwort nach Bundeszivilrecht, dort um die Antwort nach kantonalem Recht handelt, grosse Wichtigkeit zu; aber der Weg, den die Geschädigten zur Erstreitung ihrer Rechte begehen müssen, wird ihnen dadurch nicht leichter gemacht. Wenn man bedenkt, dass der sich mit Erhebung der Entmündigungsklage befassende Teil des Begehrens nach öffentlichem kantonalen Recht beurteilt wird und demnach für die Schadenersatzforderung das Rechtsmittel der zivilrechtlichen Berufung, sowie der Anschlussberufung laut Art. 56 und 70, Abs. 2, des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege versagt bleibt, während wegen einer vorläufigen Entziehung der Handlungsfähigkeit und einer fürsorglichen Geschäftsführung die vormundschaftlichen Organe gemäss Art. 426 ff. ZGB verantwortlich gemacht werden können, ist dem Gesetzgeber der Vorwurf nicht zu ersparen, in dieser Hinsicht nur die zivilrechtliche Beschwerde eingeführt und keine umfassende, im Rahmen des ZGB geregelte, eidgenössische Normierung des Entmündigungsverfahrens getroffen zu haben.

Welche Bedeutung der Unterscheidung von Obliegenheiten aus kantonalem Recht und Bundeszivilrecht beigemessen wird, erhellt auch aus dem Umstand, dass, sofern ein Kläger infolge der Erhebung der Entmündigungsklage sein Begehren auf Bundeszivilrecht, statt auf die Normen des Beamtenrechtes stützt, er vor Bundesgericht riskiert, zu einer Entscheidung an die kantonalen Instanzen verwiesen zu werden.

> «Insoweit also der Kläger durch die Erhebung und Verfolgung der Entmündigungsklage geschädigt worden sein will, wäre die Berufung gemäss Art. 51 OG gar nicht zulässig, wenn die Vorinstanz über diesen Teil der Klage in Anwendung des § 30 des betreffenden

[1]) BE Bd. 57 II S. 3 ff (Glutz-Gassmann u. Kons.)

kantonalen Beamtengesetzes von 1904 entschieden hätte, der bestimmt: alle Beamten sind für ihre Verrichtungen verantwortlich und haften für den in ihrem Amte durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen oder Unterlassungen verursachten Schaden. Allein die Vorinstanz hat statt dessen auf Art. 41 ff. OR verwiesen, als ob das kantonale Recht keine Vorschrift über die Beamtenverantwortlichkeit enthielte und diese Lücke durch die Anwendung jener bundesrechtlichen Vorschriften ausgefüllt werden müsste. Infolgedessen könnte es sich fragen, ob nicht der Berufungsgrund zutreffe, dass unter Anwendung von Bundesrecht geurteilt worden sei, obwohl hätte kantonales Recht zur Anwendung gebracht werden sollen, was die Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung in Anwendung des kantonalen Rechtes nach sich ziehen müsste. Doch ist vorauszusehen, dass diese neue Beurteilung kein anderes Ergebnis zeitigen würde. Deshalb mag hievon abgesehen und die Sache so gehalten werden, als ob die Vorinstanz über den hier in Frage stehenden Teil der Klage zutreffend (aus einem dem Bundesgericht freilich nicht ersichtlichen Grund) in Anwendung der Art. 41 ff. OR entschieden hätte, was zur Nachprüfung des angefochtenen Urteils in allen seinen Teilen führt».[1])

4. Wenn das kantonale Recht seinen Beamten Obliegenheiten zuteilt, die ihnen nicht schon kraft Bundesrecht zukommen und die das Bundesrecht als durch die kantonale Behördenorganisation geregelt voraussetzt, beurteilt sich die Verantwortlichkeit der Beamten hinsichtlich dieser Obliegenheiten nach kantonalem Recht. Auf vormundschaftliche Verhältnisse hat dieser Satz Bezug, wenn es sich um unrechtmässig zustande gekommene Beschlüsse einer vormundschaftlichen Behörde handelt. Denn wie solche zustandekommen, ob durch Kollegial- oder Einzelbeschluss, durch Mehrheits- oder Einstimmigkeitsentscheid, ist eine Sache des kantonalen öffentlichen Rechtes. Zweifellos macht sich der Präsident einer VB., der von sich aus auf einer Bürgschaftsurkunde der Ehefrau zugunsten des Ehemannes den amtlich gestempelten Vermerk anbringt: «Vorstehende Bürg- und Zahlerschaft wird im Sinne des Art. 177 ZGB genehmigt. Bewers, den 26. April 1917. Für die VB. des Kreises Oberengadin: deren Präsident: C. Bundi», in erster Linie einer Verletzung laut kantonalem Beamtenrecht schuldig.[2]) Das bündnerische Kantonsgericht hat dies, obschon auch hier, wie im oben besprochenen Fall, die Parteivertreter sich nicht darauf, sondern auf Bundeszivilrecht beriefen, mit den Worten festgestellt:

> «Bei der Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites ist das Beamtengesetz vom 1. Januar 1903 anzuwenden, das sich auf die Behörden, Beamten und Angestellten des Kantons, der Bezirke, Kreise, Gemeinden und übrigen öffentlichen Korporationen bezieht.»

Und das Bundesgericht in Bestätigung dessen:

> «Ist somit über die vorliegende Klage von der Vorinstanz mit Recht nicht unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden, so ist für eine Berufung an das Bundesgericht kein Raum (Art. 56 OG). Daher ist auf die Berufung der Kläger nicht einzutreten, während die Anschlussberufung der Beklagten dahinfällt.»

[1]) BE Bd. 57 II S. 89 (Glutz-Gassmann u. Kons.)

[2]) BE Bd. 53 II S. 363 ff (Erben-Meng - Erben-Bundi) u. ähnlicher Fall in BE Bd. 59 S. 31 ff (Volksbank-Dr. Cloetta u. Erben Romedi).

Indessen kann man sich fragen, ob durch eine Verletzung solcher Art nicht auch die Sorgfaltspflichten von Art. 426 ZGB betroffen sind. Das Bundesgericht hat dazu nur mit den an das vorhergehend Zitierte anschliessende Stellung genommen:

> «Somit können alle weiteren die Rechtsanwendung betreffenden Fragen auf sich beruhen bleiben, insbesondere diejenige, ob, wenn der Präsident der VB. dem Mündel (oder gegebenenfalls der Ehefrau) einen Akt der Amtsführung vorspiegelt, dieser aus allgemeiner Beamtenverantwortlichkeit oder aus der speziellen Verantwortlichkeit der Mitglieder der VB. Schadenersatz beanspruchen könnte».

Eine Abgrenzung der beiden Aufgabenkreise ist nicht so leicht zu geben. Zudem ist zu bemerken, dass die Verantwortlichkeit der VB., sofern es sich um Amtspflichten handelt, die ihr das ZGB anderswo als in der Abteilung über die Vormundschaft zuweist, eine Abschwächung erfährt. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass an das Verschulden eines Beamten, resp. einer Behörde ein ganz anderer Masstab anzulegen ist, wo nicht der Schutz eines handlungsunfähigen Mündels, sondern, wie bei der durch Art. 177 ZGB geforderten Zustimmung der VB. zu Rechtsgeschäften der Ehefrau, der Schutz von grundsätzlich als handlungsfähig anerkannten Personen in Betracht fällt.

Trennend zwischen dem Beamten- und dem Vormundschaftsrecht wirkt das Moment der Klageberechtigung. Art. 426 ZGB verpflichtet den Vormund nur zur sorgfältigen Verwaltung des Mündelvermögens. Seine Haftung besteht gegenüber dem Mündel, nicht gegenüber Drittpersonen.

> «Diese Einschränkung des Kreises der nach Art. 426 ZGB auf Schadenersatz berechtigten Personen auf den Mündel, bzw. dessen Rechtsnachfolger, folgt denn auch ohne weiteres aus Art. 454 ZGB, wonach die Verantwortlichkeitsklage gegenüber dem Vormund und den unmittelbar haftbaren Mitgliedern der vormundschaftlichen Behörden mit Ablauf eines Jahres nach Zustellung der Schlussrechnung verjährt; wäre es doch sinnlos gewesen, die Schadenersatzklage einer Drittperson irgendwie mit der Zustellung der Schlussrechnung in Beziehung zu bringen, welche nach Art. 453, Abs. 2, ZGB an den Bevormundeten, dessen Erben oder den neuen Vormund erfolgt».[1])

Demnach können nur der geschädigte Schützling oder, als dessen Vertreter, das zuständige vormundschaftliche Organ, Klage aus der Verantwortlichkeit erheben. Dies gilt auch für die Ehefrau, um deren Interessenwahrung sich der Art. 177, Abs. 2 und 3, ZGB ausschliesslich bemüht.

> «Mag es nun auch zweifelhaft erscheinen, ob die Gültigkeit von Rechtsgeschäften unter Ehegatten, die das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut betreffen, einzig zwecks Wahrung der Interessen der Ehefrau an die Zustimmung der VB. geknüpft sei, liesse es sich doch nicht rechtfertigen, hier entgegen der für das Vormundschaftsrecht im engeren, eigentlichen Sinne geltenden Beschränkungen den Kreis der klageberechtigten Personen auszudehnen und das Klagerecht aus Art. 426 ff. ZGB auch anderen Personen als denjenigen zu gewähren, zu deren Schutz die VB. berufen war.»

Liegen Tatsachen vor, die sowohl den kantonalen Beamtenverantwortlichkeitsnormen als auch den Sorgfaltspflichten des Art. 426 ZGB zuwiderlaufen — (der Präsident der VB. hat im vorliegenden Fall zweifellos seine

[1]) BE Bd. 53, II, S. 365/66 (Erben Meng - Erben Bundi).

Kompetenzen in dieser zweifachen Hinsicht überschritten) —, so könnte nichts dagegen eingewendet werden, wenn das Rechtsbegehren des geschädigten Schützlings sich auf beide Materien stützen würde; durch denselben Akt benachteiligten Dritten müsste hingegen die Berufung auf Art. 426 ZGB versagt bleiben. Ihnen ständen bloss die kantonalen Beamtenverantwortlichkeitsbestimmungen zur Verfügung, es sei denn, dass solche nicht vorhanden wären und Zuflucht zu Art. 41 ff. OR genommen werden müsste.

§ 7. *Die vormundschaftliche Verantwortlichkeit vor 1912.*

Die Kantone hatten vor 1912 entweder in selbständigen Vormundschaftsgesetzen oder in ihren bürgerlichen Gesetzbüchern Verantwortlichkeitsnormen für die vormundschaftlichen Organe aufgestellt, aus der Ueberlegung heraus, dass die generellen Beamtenrechtssätze bezüglich der staatlicher Obhut anvertrauten Interessen eines besonders wirksamen Schutzes vor Uebergriffen der Beamten bedürfen. Wir verweisen auf die Ausführungen von Huber[1]), Delessert[2]) und anderen und begnügen uns zu wiederholen, dass in dieser Materie nur wenige Kantone, sei es direkt (Baselstadt und Baselland, ferner Solothurn), sei es subsidiär (Appenzell A.-Rh. und Schaffhausen) eine Haftung des Staates, resp. der Gemeinden für dolos oder fahrlässig entstandene Schäden konstituiert haben. In der Regel war nur das Vorgehen gegen den Vormund und die vormundschaftlichen Behörden eingehend normiert. Ins richterliche Ermessen stellten St. Gallen und Baselstadt (für den Regressfall) nicht nur den Umfang der Schadensvergütung, sondern auch den Entscheid darüber, ob die Fehlbaren solidarisch oder bloss pro rata haften:

> «Der Richter hat nach den Umständen festzusetzen, in welchem Masse der Vormund und in welchem die Mitglieder des Waisenamtes resp. des Gemeinderates an der Schadensvergütung teilzunehmen haben».[3])

Dazu der eigentümliche Artikel 17 des st. gallischen Vormundschaftsgesetzes:

> «Der Gemeinderat kann sich in ausserordentlichen Fällen, welche besondere Schwierigkeiten darbieten und von grosser Tragweite sind, vor Verantwortlichkeit dadurch sicher stellen, dass er seine bezüglichen Schlussnahmen der Bestätigung des Kantonsgerichtes unterstellt.»

Appenzell A.-Rh. (Vorm. G. § 26) verschärfte die Haftung der Mitglieder des Gemeinderates in der Weise, dass jedes derselben für seinen Teil auch dann zu haften hatte, wenn der Schaden unmittelbar nur durch die Gefährde, durch die Nachlässigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Vogtes oder Beivogtes verursacht worden war und diese ausserstande waren, den Ersatz zu leisten.

Waadt, Freiburg und Genf besassen dem französischen System analoge Organisationen. Die Gerichtspersonen, die das Vormundschaftswesen betrauten, konnten nur auf dem Weg über die Klage aus Amtsverletzung unter vorgängiger, oberinstanzlicher Autorisation belangt werden.

[1]) Huber: S.P.R., I. S. 733 ff.
[2]) Delessert: La responsabilité des autorités tutélaires, thèse Lausanne 1931, p. 28.
[3]) St. gallisches Vormundschaftsgesetz Art. 66, Abs. 4.

§ 8. Grundsätze des Zivilgesetzbuches.

1. Allgemeines.

Mit der Organisation des Vormundschaftswesens ist das privatrechtliche Verhältnis der vormundschaftlichen Organe zum Mündel, wie es in mittelalterlicher Zeit Geltung besass, verloren gegangen. Das Verhältnis ist zum öffentlich-rechtlichen geworden und damit beruht auch die Verantwortlichkeit der Organe auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage. Die Zwiespältigkeit des Vormundschaftsrechtes als teils öffentliches, teils privates Recht, gibt dem Satze Nachdruck, dass sich die Verantwortlichkeit laut Vormundschaftsrecht auf ausservertragliches Verschulden basiere, weil weder das Verhältnis der Organe zum Staat noch das der Organe zum Mündel und Dritten kontraktlicher Natur ist. Sagt doch auch Geeser hinsichtlich der allgemeinen Beamtenverantwortlichkeit:

> «Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn der Beamte durch eine rechtswidrige Amtshandlung einen Dritten schädigt, nur die Grundsätze von der ausserkontraktlichen Entschädigungspflicht zur Anwendung kommen können. Die Ersatzpflicht des Beamten für den Schaden, den er durch sein Verhalten im Amte zugefügt hat, ist zweifellos zivilrechtlicher Natur. Massgebend dafür sind die Regeln, welche das Zivilrecht aufgestellt hat für die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen».[1])

Art. 426 ff. ZGB regeln zwar die Verhältnisse der Vormundschaft und weichen vom Inhalt der Art. 41 ff. OR ab. Sie mussten getroffen werden, um Rechtsungleichheiten unter den Kantonen zu hüten. Der Rechtsgrund der Verantwortlichkeit wird aber durch Art. 426 ff. ZGB nicht geändert. Nach wie vor ist es derjenige aus unerlaubter Handlung.[2])

Der Inhalt der Verantwortlichkeit der Organe ist dreierlei Art: Disziplinarischer, strafrechtlicher und zivilrechtlicher. Unsere Arbeit beschäftigt sich nur mit letzterer.

2. Die Stellung des Vormundes.

Die Rechtsstellung des Vormundes, Beirates, Beistandes und mehrerer Vormünder, deren Aufgaben sich auf Fürsorge und Vertretung und auf Verwaltung der Schützlingsinteressen erstrecken, hat das ZGB abschliessend geregelt. Seine Haftungsverschärfungen entkräften die früheren kantonalen Bestimmungen vollständig. Zwar spricht unser Recht, wie auch das deutsche BGB, vom «Amt des Vormundes», obschon hier wie dort die Charakterisierung des Amtes als öffentlich anerkannte und verliehene Berechtigung und Verpflichtung einer gewissen Person zur Vornahme bestimmter auf den Staatszweck bezogener, gesetzlich vorgeschriebener oder zulässiger Handlungen, nicht zutrifft.[3]) Die öffentlich-rechtliche Seite des Vormundverhältnisses besteht darin, dass der Vormund zu seinem Amte von der VB. bestellt wird, dass er es sorgfältig zu führen verpflichtet ist, dass die oberen Instanzen über ihn ein Aufsichtsrecht ausüben und dass er sein Amt anzunehmen verpflichtet ist, sofern keine Ablehnungs- oder Ausschliessungsgründe vorliegen. Die privatrechtliche Seite kommt einem Auftrag zur Vermögensverwaltung gleich.[4]) Eine Besol-

[1]) Geeser, S. 36 37.

[2]) Lüscher: Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe, nach abG und ZGB, Diss., Bern 1918, S. 28 ff.

[3]) Holtzendorffsche Encyclopaedie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., S. 1108.

[4]) Glaessing. Archiv f. öffentl. Recht. Bd. 16, S. 165.

dung staatlicherseits für die geleisteten Dienste laut Anstellungsverhältnis wird nicht ausgerichtet. Die prinzipielle Selbständigkeit des Vormundes drückt sich darin aus, dass er nur an den Willen des Gesetzgebers und nicht an den der Behörden gebunden ist, solange er den ihm vorgeschriebenen Obliegenheiten pflichtgetreu nachkommt. Er gehört weder einer Behörde im weiteren noch im engeren Sinne an und kann auch nicht nach Beamtenverantwortlichkeitsnormen haftbar gemacht werden. Seine Stellung als Beamter des Privatrechts, als Mittelsmann zwischen der schützenden, staatlichen Sphäre und den individuellen Einzelinteressen kann Anlass zum Vergleich mit einem Treuhänder geben.

3. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit.

Wir sehen uns in diesem Zusammenhang gezwungen, erneut auf die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit zurückzukommen, sind jedoch bestrebt, nur die Haftung der vormundschaftlichen Organe speziell berührenden Merkmale zur Sprache zu bringen.

Um ein vormundschaftliches Organ zu ausservertraglichem Schadenersatz anzuhalten, müssen vier Bedingungen erfüllt sein:

1. Es muss eine Rechtswidrigkeit im Sinne einer Pflichtverletzung vorliegen;

2. Es muss ihr ein Verschulden, resp. eine Uebertretung der speziellen Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden können;

3. Es muss ein Schaden vorliegen.

4. Es ist der Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Verhalten des Ersatzpflichtigen nötig.

a) Die Pflichtverletzung als Widerrechtlichkeit ist begangen, sobald das Organ eine Gesetzesvorschrift über die vormundschaftlichen Aufgaben nicht befolgt. Dies gilt sowohl für den gesetzlichen Vertreter, der z. B. mit dem ihm anvertrauten Vermögen unrichtig operiert, Bargeld nicht anlegt oder keine Rechnungen führt, als auch für die vormundschaftlichen Behörden. Keine Pflichtverletzung der VB. liegt jedoch vor, wenn ein Erblasser ihre Mitwirkung beim Verkauf eines Erbschaftsgutes testamentarisch verlangt, um durch die amtliche Aufsicht eine Garantie für seinen letzten Willen zu haben und wenn sie dem Wunsche Folge leistet. die Genehmigung des Liegenschaftskaufvertrages später aber von Miterben angefochten wird und sich die Frage erhebt, ob die VB. eine Rechtswidrigkeit begangen habe.[1]) Festzuhalten ist, dass der Erblasser keine gesetzliche Befugnis hatte, eine solche Bestimmung, die der VB. Pflichten auferlegt, von sich aus aufzustellen, ohne dass diese sich damit einverstanden erklärte. Wenn die VB. die testamentarische Bestimmung trotzdem erfüllte, übte sie weder eine öffentlich-rechtliche noch eine vormundschaftliche, noch eine erbrechtliche Funktion aus. Nicht einmal disziplinarische Massnahmen gegen die VB. kommen in Betracht.

Bezüglich der Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen Dritter kennt das ZGB weder die unbeschränkte Haftung des bestellten Vormundes für den infolge seiner Weigerung zur Amtsübernahme notwendig gewordenen Vertreter (Art.389 ZGB), noch die unbedingte, solidarische Haftung der Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden.[2]) So weit eine Besorgung von Amtsgeschäften durch Drittpersonen in Frage kommt, ist festzustellen,

[1]) Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 30, S. 575 u. SJZ Bd. 29, S. 169.
[2]) Lüscher: S. 36.

dass der Charakter jedes Amtes, besonders desjenigen des Vormundes, eine Uebertragung der Befugnisse nur dann erträgt, wenn darin nicht an und für sich schon eine Pflichtverletzung liegt, also nur, wenn z. B. nach Anhörung des gesetzlichen Vertreters die VB. ihm die Ermächtigung zur Bestellung eines Anwaltes für die Prozessführung erteilt oder allgemein, wenn die Interessen des Mündels die Kompetenzübertragung an einen Dritten erheischen. Angelegenheiten, die in ihrer Natur nach persönliche Entschlüsse des Vormundes erfordern: ob die Zustimmung zur Ehe, zur Berufswahl etc. zu geben sei oder nicht, kann der Vormund nicht Dritten überlassen ohne sich dadurch einer Pflichtverletzung schuldig zu machen.[1]) Ist das vormundschaftliche Organ als befugt zu erachten, die Besorgung des Mündelgeschäftes einem Dritten zu übertragen, so haftet es nur für den Schaden, der dem Mündel daraus entsteht, dass es bei der Wahl, Instruktion und Ueberwachung der Drittperson, beispielsweise der der VB. angeschlossenen Rechnungskontrolleure, nicht mit der gehörigen Sorgfalt vorgegangen ist (Art. 399, Abs. 2, OR).[2])

b) Verletzung des Grades der Sorgfaltspflicht:

Haben die verantwortlichen Personen nicht die postulierte Sorgfalt zur Verhütung eines Schadens angewendet, müssen sie den Nachweis ihres Nichtverschuldens erbringen.

Als Schuldformen schliesst der Art. 426 ZGB natürlich die Absicht und die Fahrlässigkeit (worunter omnis culpa zu verstehen ist), in sich. Im Gegensatz zu OR Art. 41 umschreibt das ZGB aber den Grad der Diligenzpflicht positiv, obschon für die Charakterisierung der Verantwortlichkeit wieder auf die Kriteria: Absicht und Fahrlässigkeit (Art. 426 und 429) zurückgegriffen wird. Es verlangt die Aufmerksamkeit eines redlichen und fleissigen Hausvaters, d. h. jede in der Verwaltung anzuwendende Sorgfalt und nicht nur diejenige, die man in seinen eigenen Geschäften (diligentia quam in suis-Haftung wegen culpa in concreto) anzuwenden pflegt. Ob jemand die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung erfüllt habe, entscheidet einzig der Richter, indem er auf die landesüblichen Auffassungen einer sorgfältigen Geschäftsführung abstellt und den Bildungsgrad und die Kenntnisse des Verantwortlichen berücksichtigt; denn trotz der allgemeinen Bürgerpflicht zur Uebernahme des Vormundamtes, soll eben keine Person zum Vormund ernannt werden, die nicht Gewähr für eine sorgfältige Verwaltung bieten kann.[3]) Allerdings darf nach Verlust einer Mündelforderung in einem Konkurs der Einwand des Vormundes, er habe seinerzeit die Vormundschaft nicht übernehmen wollen, weil er sich ihr nicht gewachsen fühle und weil er der Aufforderung der VB. den Betrag einzutreiben dadurch nachgekommen sei, dass er den Schuldner mehrmals gemahnt habe, nicht gehört werden.[4]) Ferner ist, sofern ein Entmündigungsbegehren abgewiesen wird oder der vorläufige Vertreter einen gerechtfertigten Ablehnungsgrund erhebt, diese Person aus den in der Zwischenzeit, bis zu ihrer Entlassung durch sie geführten Rechnungen und Geschäften trotzdem verantwortlich.[5])

[1]) Dernburg: Das bürgerliche Recht Deutschlands. Bd. 4: Deutsches Familienrecht § 113 4.

[2]) Analog dazu trifft auch die Haftung aus dem Eintrag einer unrichtigen Vermessung nicht den Grundbuchführer, vgl. Wieland Komm. zu Art. 955 Note 3.

[3]) Amtl. stenogr. Bulletin d. schweiz. Bundesvers. 1905, S. 1294.

[4]) Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. Bd. 20, S. 79.

[5]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 28 S. 295.

Im Zusammenhang mit der Diligenzpflicht unterziehen wir die Erfüllung sittlicher Obliegenheiten einer Prüfung. Wir gehen mit Delessert einig, dass die Erfüllung sittlicher Pflichten des Mündels durch den Vormund unter Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden keine Verletzung der Sorgfaltspflicht repräsentiert: z. B. die Bezahlung von Schulden, resp. Vorausentrichtung des Erbteils an einen Mündigen, der sich momentan in einer prekären Situation befindet.[1]) Indessen geht es offensichtlich zu weit, wenn aus dem Vermögen eines minderjährigen Mündels von dessen unehelicher Mutter hinterlassene Schulden in Erfüllung einer sittlichen Pflicht bezahlt werden.[2]) Denn einerseits ist die Ausrichtung von erheblichen Schenkungen verboten (Art. 408 ZGB) und anderseits wäre die VB in einem solchen Fall gehalten gewesen, die Erbschaft, in der keine Mittel vorhanden waren, um die angemeldeten Forderungen zu bezahlen, auszuschlagen, wenn nicht Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der minderjährige Schützling nach erlangter Mündigkeit die Schulden seiner Mutter zu bezahlen beabsichtigte. Die Erhebung der Verantwortlichkeitsfrage beweist aber gerade, dass er mit dem Verhalten der Waisenbehörde nicht einverstanden war. Im allgemeinen sollen die vormundschaftlichen Organe wohl eher von der Erfüllung sittlicher Pflichten der Schutzunterstellten Abstand nehmen, sofern nicht eindeutig feststeht, dass sie im Interesse derselben liegen.

Nach Art. 44 OR hat der verletzte Teil keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn er in die schädigende Handlung eingewilligt oder durch seine Haltung die Stellung des Ersatzpflichtigen erschwert hat. Gälte diese Bestimmung auch für das Vormundschaftsrecht, so wäre die Wirkung des staatlichen Schutzes bedeutend geringer und die Schützlinge vermöchten nicht wirksam genug gegen allfällige Amtsmissbräuche aufzutreten, die sich die Schwächen jener zu Nutzen machen. Ein Verschulden urteilsunfähiger Bevormundeter in Form einer derartigen Einwilligung, entbindet kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 409, Abs. 9. ZGB) den Vormund nicht von seiner Ersatzpflicht. Immerhin besteht zu Lasten Urteilsfähiger die Einschränkung, dass ihnen 1. die Zustimmung zur schädigenden Handlung, 2. das Verhalten, das den Eintritt des Schadens erleichtert oder verschlimmert und 3. das Verhalten, durch das die Stellung des Ersatzpflichtigen erschwert wurde, zum Verschulden angerechnet werden kann, wodurch eine Reduktion des Schadenersatzes bedingt wird. Das Einverständnis eines voll handlungsfähigen Verbeiständeten zur Beibehaltung von aus früherer Zeit datierenden, in Goldwährung garantierten, ausländischen Staatspapieren, die durch die Aufgabe des Goldstandards teilweise entwertet werden, ist u. E. für einen Verantwortlichkeitsprozess relevant, abgesehen davon, dass im Verhalten des Beistandes kaum ein Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht zu erblicken ist. Unwahre Angaben gegenüber dem gesetzlichen Vertreter oder Unterlassen einer Beschwerde sind geeignete Faktoren zur Verminderung, wenn nicht zum Ausschluss der Ersatzpflicht vormundschaftlicher Organe.

> «Hat es die VB. bei der vorläufigen Entziehung der Handlungsfähigkeit, also an der gebotenen Sorgfalt fehlen lassen, so müsste sich der Kläger immerhin eine Einrede aus dem auch hier anwendbaren Art. 44 OR gefallen lassen, weil er von dem ihm zur Verfügung stehenden administrativen Rechtsmittel nicht Gebrauch gemacht

[1]) Delessert: S. 58.59.
[2]) BE Bd. 43 II S. 7 ff. (Schönbächler-Gyr u. Kons.).

hat, um zu versuchen, den vorläufigen Entzug der Handlungsfähigkeit wieder rückgängig zu machen, ja sogar vielleicht dessen Veröffentlichung zu verhindern. Tat er aber nichts, um den ihm gesetzten vorläufigen Vertreter los zu werden, dürfen ihm deren Honorarforderungen füglich belastet bleiben»,

sagt der bundesgerichtliche Entscheid: Glutz-Gassmann und Kons.[1])

Unter Würdigung der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles ist auch zu prüfen, ob die bona fides vom Schützling verlange, dass er sich ausspreche. Diesem Momente ist in einem Fall Rechnung getragen worden, wo der Dritte selber den Anstoss zum Abschluss des Rechtsgeschäftes mit dem beschränkten, schwerfälligen und unter Obhut stehenden Gegenkontrahenten gab, an dessen Handlungsfähigkeit er Zweifel bekommen musste.[2])

Eine selbständige unerlaubte Handlung läge vor, wenn der einen intellektuellen Beruf ausübende Verheiratete seine Handlungsfähigkeit vortäuschen würde, um den Gläubiger zu der irrtümlichen Annahme seiner Bürgenqualität zu veranlassen.[3])

Abschliessend sei auf den Art. 16 ZGB verwiesen, der für gewisse Personen infolge ihres geistigen Zustandes jeden Verantwortlichkeitsgrund ausschliesst.

c) Der Schaden:

Es muss eine effektive Vermögenseinbusse, nicht nur die Wahrscheinlichkeit eines durch einen vormundschaftlichen Akt verursachten Schadens vorliegen. Die Fixierung des Ersatzes ist Sache des Richters. Welche Bedeutung ist nun dem Herabsetzungsgrund von Art. 44, Abs. 2, OR beizumessen? Das Bundesgericht hat entschieden, dass einem wegen Spekulation mit Industriepapieren in Anspruch genommenen Vormund keine Ermässigung der Ersatzpflicht zugesprochen werden dürfe, insofern er durch das richterliche Urteil in eine Notlage versetzt würde. Denn Art. 427 ZGB bestimmt ausdrücklich, dass für den Fall der Insolvenz eines beklagten vormundschaftlichen Organs der Rückgriff gegen die oberen, mitschuldigen Instanzen, resp. gegen den Staat, gegeben sei und eine Herabsetzung im Sinne von Art. 44 OR den Mündelinteressen widerspräche.

Im Prozess gegen den Staat müssen natürlich gleicherweise Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang hinsichtlich des Organs bewiesen werden, für den das Gemeinwesen kraft seiner Haftung eintreten soll. Diese Haftung des Staates kommt z. B. im baselsädtischen Einführungsgesetz zum ZGB, im § 112 und besonders im § 96, Abs. 2 (staatliche Haftung für Untergang von in obrigkeitlichem Gewahrsam befindlichen Mündelvermögen, sei es mit oder ohne Verschulden des Personals, ausser bei Mitwirkung höherer Gewalt oder Selbstverschulden des Hinterlegers), ausführlicher als im Art. 427 ZGB zum Ausdruck.[4])

d) Den Kausalzusammenhang zwischen dem fehlerhaften Verhalten eines Organs und dem daraus resultierenden Schaden stellt der Richter von Fall zu Fall fest. Er ist beispielsweise gegeben und der Vormund verstösst gegen seine Sorgfaltspflichten, wenn er dem Stiefvater seines

[1]) BE Bd. 57. II. S. 9.
[2]) ZbJ Bd. 69 S. 31.
[3]) BE Bd. 54 II S. 82/83 und Bd. 55 II S. 35.
[4]) vgl. auch Zentralblatt f. Staats-Gemeindeverw. Bd. 31, S. 238.

Mündels einen diesem gehörenden Schuldbrief zwecks Verpfändung und Annahme eines Darlehens, das die VB. an sich bewilligt hatte, aushändigte, um mehr als ihm bewilligt worden war, zu borgen, was eine Schädigung des Mündelvermögens nach sich zog. Das Gericht entschied, dass das Verhalten des beklagten Vormundes insofern mit einem entstandenen Schaden kausal sei, als jener in Kenntnis der schlechten ökonomischen Lage des Stiefvaters einen fremden, wertvollen Titel aushändigte, den Darleiher aber nicht über die Eigentumsverhältnisse und die freien Beträge orientierte und sich auch nicht der ausbezahlten Summen vergewisserte.[1])

Der Richter darf den Beweis für den Kausalzusammenhang als erbracht annehmen, wenn der fehlerhafte Akt und der eingetretene Schaden sehr wahrscheinlich voneinander abhängen.[2]) Im Folgenden traf dies nicht zu, umsomehr als die Schuld des Beklagten bestritten werden kann: der Kläger verlangte die Verantwortlichkeitserklärung der früheren Vormünder und der Mitglieder der VB seines Sohnes, weil sie dessen Vermögen trotz der Bevormundung aufgebraucht hatten. Das Begehren wurde abgewiesen, da einerseits in der Zustimmung zur Auswanderung eines unsteten und arbeitsscheuen jungen Schutzunterstellten kaum eine Verletzung der Sorgfaltspflicht liege und anderseits feststeht, dass der Sohn es seit seiner Entmündigung nie dazu brachte, sich selbständig und ohne Zuschüsse aus seinem Vermögen durchzubringen, der Verbrauch des Mündelvermögens also nicht die notwendige Folge der in Frage gestellten Diligenzpflichtverletzung sei.[3])

2. Abschnitt:
Die Vermögensverwaltung im Besonderen

§ 9. Die Personal- und die Realfürsorge.

Analog der im 11. Titel des ZGB gemachten Unterscheidung zwischen Fürsorge und Vertretung einerseits und Vermögensverwaltung anderseits, stellt die Literatur Personal- und Realfürsorge einander gegenüber. Die Vormundschaft kümmert sich besonders um den wichtigen Persönlichkeitsschutz, während die Beistandschaft ihre Aufgaben auf vermögensrechtlichem Gebiet hat. Indessen besitzt diese Betachtungsweise keine absolute Geltung und geht auch nicht aus dem Gesetz hervor, da sowohl in der einen als auch in der andern Art staatliche Intervention Momente persönlicher und pekuniärer Interessenwahrung enthalten sind.[4]) Die Trennung zwischen Vertretungs- als Personalbeistandschaft und Vermö-

[1]) Blätter für zch. Rechtssprechung Bd. 3, S. 145.

[2]) Guhl: Untersuchungen zu Art. 51 OR, Berner Diss. 1904 S. 69: Der Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn „der eingetretene Schaden, aufgefasst als ein bestimmter Erfolg, mit dem Verhalten des Ersatzpflichtigen im Zusammenhang steht, d. h. wenn das Verhalten des letzteren eine der Bedingungen ist, welche durch ihr Zusammenwirken den schädlichen Erfolg herbeigeführt haben."

[3]) Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverw. Bd. 34 S. 509.

[4]) vgl. Rittmeyer: Schutztendenzen des schweiz. Vormundschaftsrechtes S. 46—53 und Hefti: Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweiz. ZGB Diss. Bern 1916 S. 138—151.

gens- als Realbeistandschaft gemäss Marginalia der Art. 392/93 und Art. 395 ZGB bezüglich der Beiratschaft, ist in den wenigsten Fällen widerspruchlos durchführbar, so wenig wie das konkrete vormundschaftliche Amt in seinen persönlichen und vermögensrechtlichen Fürsorgebereich geteilt werden kann. Bleibt die Personalfürsorge als staatliches Eintreten für Person und Vermögen der Schutzbedürftigen zu charakterisieren, so ist mit Realfürsorge lediglich die obrigkeitliche Tätigkeit zur Erhaltung, Vertretung und Mehrung von Vermögen, dem die nötige Verwaltung fehlt, zu bezeichnen.

Für unsere Arbeit ist die Abgrenzung folgende: Die nichtvermögensrechtlichen Verhältnisse, die in keiner direkten ökonomischen Beziehung mit dem Rechtsträger stehen, für die die Pflege des körperlichen und geistigen Wohles die Grenze bildet, fallen ausser Betracht. Nur die Handlungen, welche den finanziellen Erfordernissen der unter Schutz gestellten Personen zwecks Erhaltung und Fruktifizierung des Vermögens dienen und die den staatlichen Eingriff aus dem Grunde der Hilfsbedürftigkeit und dem der Gefährdung öffentlicher Interessen rechtfertigen, werden hier untersucht. Doch handelt es sich nicht nur um die engeren vormundschaftlichen Massnahmen des Familienrechtes, sondern auch um die sozialen Aufgaben, die in anderen Teilen des ZGB enthalten sind: Vermögensschutz der Ehefrau, der Ehe und Familie, der Kinder, unbekannter Dritter, der Erben etc.

1. Kapitel: Die Mitwirkung vormundschaftlicher Organe bei den Inventaren.

Ohne uns im Folgenden bei Antritt und während der Führung des vormundschaftlichen Amtes auf die zeitliche Reihenfolge der Vermögensverwaltungshandlungen zu fixieren, beginnen wir mit der Betrachtung der Inventare, welche die Grundlage für die vermögensrechtlichen Massnahmen, für die Rechnungsablage und für die Verantwortlichkeit der Organe darstellen und die vermittelst einer Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven ein klares Bild vom Stand des zu betreuenden Vermögens bezwecken.[1])

§ 10. Das gewöhnliche, nicht öffentliche vormundschaftliche Inventar.

Wie das zur Uebernahme und Verwahrung des Mündelvermögens nötige Inventar aufzunehmen sei, haben die meisten kantonalen Einführungsgesetze auf Grund von Art. 398 und 425 ZGB umschrieben. Das zürcherische EG. bestimmt z. B. in § 93/94:

> «Bei der Aufnahme des Inventars sollen die Aktiven und Passiven genau verzeichnet, geschätzt und in klare Uebersicht gebracht werden. Sofern Liegenschaften vorhanden sind, ist eine Mitteilung an das Grundbuchamt zwecks Revision unerlässlich.»

[1]) Kaufmann: Kommentar Gmür zum ZGB, Bd. 2 II Vormundschaftsrecht; Kommentar zu Art. 389 Note 1.

Hinsichtlich des Verfahrens bestimmt der Art. 398, Abs. 1, ZGB, dass das Inventar vom Vormund im Beisein eines Vertreters der VB. und unter Zuzug des urteilsfähigen Mündels aufzunehmen sei. Dazu können Sachverständige und Gutachter für die Bewertung von Liegenschaften und Fahrnis beigezogen werden. In der Regel wird auch ein Schuldenruf erlassen. Die Auskunftspflicht angefragter Dritter, besonders der Banken, ist bestritten. Das mit der Bestätigung, dass der Ermittlung aller Faktoren nach Möglichkeit Genüge getan worden sei, versehene Inventar untersteht der Prüfung durch die VB. Sie hat eventuelle Korrekturen und Bemerkungen anzubringen, d. h. zu verfügen und besorgt hierauf den Eintrag in ein Memorial.[1]) Die Vorschrift, ein Inventar aufzunehmen, gilt allgemein für die Fälle, wo ein Vormund sein Amt übernimmt ohne Rücksicht darauf, ob er schon einen Vorgänger gehabt hat. In diesem Fall ersetzt jedoch die Prüfung und Ergänzung des letzten Vermögensverzeichnisses oder der abgelegten Schlussrechnung die jedesmalige Aufnahme eines Wertbestandes. Vorbehalten bleibt die Aufstellung eines neuen Inventars, wenn der vorgängige gesetzliche Vertreter wegen unreeller Vermögensverwaltung entlassen wurde oder Tatsachen eingetreten sind, die erhebliche Aenderungen an den Wertbeständen des Mündels nach sich gezogen haben. In diesem Zusammenhang ist auf die strafrechtlichen Folgen, welche die kantonalen Einführungsgesetze bei wissentlich unrichtiger Inventur, z. B. bei Verheimlichung von Barmitteln in der Hinterlassenschaft eines Mündels durch dessen Vormund vielfach vorsehen, hinzuweisen.[2])

Die Inventurpflicht dient dem Schutze des Mündels und der Vormünder vor gegenseitigen Verdächtigungen und ist der erste Ausfluss staatlicher Interessenwahrung. Die behördliche Mitwirkung unterstreicht die Wichtigkeit dieses Aktes und wahrt vor allem die Autorität des Vormundes, der ohne diese Hilfe oft nicht zum vorgeschriebenen Ziele käme. In dieser Fassung nimmt das Inventar eine Mittelstellung zwischen dem privaten, das nach Auflösung der Ehe durch den die elterliche Gewalt ausübenden Ehegatten aufzustellen ist und dem öffentlichen vormundschaftlichen Inventar laut Art. 398, Abs. 3, ZGB ein. Eine besondere rechtliche Bedeutung, vor allem die Eigenschaft der Beweiskraft, besitzt es nicht. Nur intern, für den Gang der Verwaltung und vielleicht für die Beweiswürdigung kommt ihm Geltung zu. Dritte, namentlich Gläubiger des Bevormundeten können aus dem Inventar keine Rechte für sich ableiten, noch sich seiner zum Beweis solcher Rechte bedienen.[3]) Es sollen nach ihm die Rechte und Pflichten im inneren Verhältnis zwischen Vormund, Behörde und Mündel festgestellt und abgegrenzt werden. Rechtswirkungen äussert es nur unter diesen Beteiligten, vornehmlich für die Frage der Verantwortlichkeit.

[1]) z. B. steht am Ende eines Inventars: Die Vormundschaftskommission erteilt dem vorstehenden vormundschaftlichen Inventar namens der gesetzlichen Erben des 1914 in X verstorbenen B von A die Genehmigung. Die nicht mündelsicheren Wertschriften sind abzulösen und im Sinne der geltenden Vorschriften anzulegen.

[2]) SJZ Bd. 16. S. 195: Die Uebertretung charakterisiert sich als Polizeivergehen.

[3]) Egger: Familienrecht, Kommentar zu Art. 398 Note 1 u. 6; Tuor: Das ZGB, S. 263 und ZbJ Bd. 72 S. 491.

§ 11. Das öffentliche vormundschaftliche Inventar.

Liegen komplizierte Verhältnisse vor, z. B. wenn Mündelgut in einem Geschäft, Gewerbe oder dergleichen angelegt ist oder die Verhältnisse den Erben Anlass dazu geben, die Erbschaft auszuschlagen, kann von der VB auf Antrag des Vormundes die Durchführung eines öffentlichen Inventars bei der AB begehrt werden (Art. 398, Abs. 3, ZGB). Nach bernischem EG (Art. 43) ist das Begehren dem Regierungsstatthalter einzureichen, der einen Notar mit der Inventur beauftragt. Die Funktionen eines Massaverwalters übt von Amteswegen der Vormund aus.

Das Institut hat aus dem solothurnischen Vorbild (Rechnungstag) in umstrittener Weise Eingang ins ZGB gefunden. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Verpflanzung des an sich schon problematischen, erbrechtlichen öffentlichen Inventars auf das Gebiet des Vormundschaftsrechtes Hindernissen begegne.[1]) Besonders die Verwirklichung der Gläubigerrechte bei Nichtanmeldung der Forderungen innert nützlicher Frist sei anfechtbar. Denn welches sollte der Grund eines Guthabenverlustes sein? Mit welcher Berechtigung sollte ein Schützling Schulden abschütteln können, weil seine Gläubiger die Anmeldung ohne gesetzlichen Entschuldigungsgrund unterliessen? Im Erbrecht hat das öffentliche Inventar den Zweck, die Erben davor zu bewahren, Erbschaftsschulden aus dem eigenen Vermögen bezahlen zu müssen. Der Untergangsgrund für nichtangemeldete Forderungen mag hier in dem sich unter besonderen Umständen abspielenden gesetzlichen Schuldnerwechsel, in der zur Aufklärung nötigen, vorläufigen Verhinderung der Konfusion gefunden werden. Beim vormundschaftlichen öffentlichen Inventar aber handelt es sich einzig darum, das Mündelvermögen genau festzustellen, um es auf Grund einer klaren Uebersicht ordnungsgemäss verwalten zu können. Eine Annahme oder Ausschlagung, je nach der Zahlungsfähigkeit steht keinesfalls zur Diskussion. Im Gegensatz zu einem Erblasser, der nach seinem Tode keine Verbindlichkeiten mehr eingeht und kein neues Vermögen erwirbt, nimmt der Bevormundete mit Hilfe seines Vertreters am wirtschaftlichen Leben teil. Seine neuen Gläubiger erhalten in der Folge vielleicht Befriedigung, während die alten, die ihre Anmeldung versäumt haben, leer ausgehen und dem Vertretenen zu Gewinn verhelfen. In Abschwächung dieser Konsequenz sagt Kaufmann zwar:

> «Diejenigen Forderungen, die im öffentlichen Inventar nicht angemeldet und deshalb nicht mehr geltend gemacht werden können, bleiben als Naturalobligationen bestehen.»[2])

Zwangsvollstreckungen gegen den Mündel sind indessen für solche Leistungen unmöglich. Selbst der Erzwingung der Verrechnung wird nicht stattgegeben, sofern sie bei Aufnahme des Inventars nicht erhoben worden ist. Das erfuhr eine Firma, die einem Verbeirateten gegen ein von ihm gewährtes Darlehen eine bezahlte Stellung verschaffte, für den Unterhalt seines Automobils aufkam und es anlässlich der Anmeldung zum Inventar, bei Umwandlung der Beiratschaft in eine Bevormundung, unterliess, die Kosten für den Automobilunterhalt mit den Salärschulden verrechnungsweise zu tilgen.[3]) Das Gericht stellte fest, dass die Firma durch die Auszahlung aller dem Verbeirateten geschuldeten Löhne auf die Ver-

[1]) ZbJ Bd. 60 S. 1 ff (Aufsatz zu Art. 398 Abs. 3 ZGB von Müller).
[2]) Kaufmann: Kommentar zu Art. 398 Note 21.
[3]) ZbJ Bd. 63, S. 236.

rechnungsmöglichkeit verzichtet habe und ihre Forderungen während der Dauer der Vormundschaft nicht mehr erheben könne. Die Verrechnung mit dem rückzuerstattenden Darlehen und dem gleichzeitig auszurichtenden Zins kam nicht in Frage, weil beide Beträge bei der Aufnahme des öffentlichen Inventars noch gar nicht fällig waren. Die Firma wandte ein, der Richter dürfe Art. 398, Abs. 3, ZGB wortlautgemäss darum nicht anwenden, weil er mit dem Grundgedanken und Zweck des Gesetzes überhaupt in Widerspruch stehe und zu Resultaten führe, die mit der Rechtsauffassung unvereinbar seien. Diesem Vorwurf entgegnete der Vorsitzende, dass mangels einer gesetzlichen Regelung eine Naturalobligation keine genügende Grundlage für die Verrechnung bilde, da diese doch eine Geltendmachung gegen den Willen des Schuldners darstelle, sodass die Firma im vorliegenden Falle mit der Annahme des Bestehens einer Naturalobligation zur Zeit nichts gewonnen wäre. Es sei zuzugeben, dass die angefochtene Gesetzesbestimmung den Eindruck erweckt, sie beruhe nicht auf einer sehr gründlichen Vertiefung in den Gegenstand und erscheine den säumigen Gläubigern gegenüber als hart; indessen könne dem Richter nicht zugemutet werden, den klaren Wortlaut von Art. 398, Abs. 3, ZGB, der die Androhung an die schuldhaft sich nicht meldenden Gläubiger wahrmacht, zu ignorieren.

Die Versäumung der Anmeldung hat wohl den Ausschluss ihrer Geltendmachung während der Dauer der Vormundschaft, nicht aber den Untergang der Forderung zur Folge. Uebereinstimmend steht fest, dass mit der Beendigung der Vormundschaft die nicht inventarisierten Gläubigerrechte wieder aufleben. Wie dürfte jemand, der z. B. nur ein Jahr bevormundet ist, vermöge des öffentlichen Inventars seine Kreditoren abschütteln und warum sollten die Unangemeldeten beim Tode des Mündels ihre Rechte nicht in einem erbrechtlichen öffentlichen Inventar geltend machen können? Aus welchem Grunde sollen ferner Bürgschaftsgläubiger, die sich richtig inventarisieren liessen und die die Konkursdividende aus der rechnerisch durchgeführten Liquidation erhalten haben, nicht später den zu neuem Vermögen gekommenen Mündel in Anspruch nehmen dürfen und vor nachträglich eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen zurückgesetzt werden. Die uneingeschränkte Verweisung von Art. 398, Abs. 3, ZGB auf die Wirkungen der vom Erbrecht abgeleiteten Bestimmungen kann nicht als sehr glücklich bezeichnet werden.

Sinn und Zweck des vormundschaftlichen beneficium inventarii soll nur die Klarstellung der Verhältnisse sein, niemals aber zur Veränderung der vermögensrechtlichen Lage des Mündels dienen. Müller empfiehlt darum, zur Vermeidung von ungerechtfertigten Schädigungen einzelner Gläubiger, in der Bewilligung des öffentlichen Inventars vorsichtig zu sein und, wenn immer möglich, das gewöhnliche, vormundschaftliche, verbunden mit einem Schuldenruf, anzuordnen. Freilich sollen die vormundschaftlichen Organe in erster Linie nicht für die Gläubiger, sondern für den Mündel sorgen, weshalb sie ihm gegenüber, z. B. aus Nichtanordnung oder Verweigerung des öffentlichen Inventars, in gleicher Weise verantwortlich werden wie aus Pflichtverletzungen bei Aufnahme des gewöhnlichen. Ihre Verantwortlichkeit ist u. E. diejenige aus Art. 426 ff. ZGB, obschon das Erbrecht, das für Art. 398, Abs. 3 ZGB durchwegs Geltung zu besitzen scheint, auf die Vorschriften des kantonalen Rechtes verweist und die Durchführung des öffentlichen Inventars auch an andere als die vormundschaftlichen Behörden übertragen werden kann.

§ 12. Das private Kindesinventar laut Art. 291 ZGB [1])

Es handelt sich nicht darum, die erb-, güter- und steuerrechtlichen Gründe, die der Schutzbestimmung von Art. 291 ZGB eigen sind, darzustellen. Zur Erläuterung kommen lediglich die Abgrenzung des Kindesinventars von den Inventaren der engeren vormundschaftlichen Ordnung, das Verfahren, der Zweck der behördlichen Mitwirkung und die Verantwortlichkeit der Behörden, welche unterlassen, den die elterliche Gewalt ausübenden Ehegatten zur rechnerischen Aufstellung des Kindesvermögens anzuhalten. Die Tatsache, dass vergehend der Inventarpflicht laut Art. 291 ZGB, bei Ausscheiden eines Ehegatten und Auflösung der Ehe, meistens öffentliche, seien es erbrechtliche, seien es vormundschaftliche oder unter behördlicher Aufsicht, gemäss Art. 553 ZGB aufgestellte Inventare verlangt werden, erübrigt die nochmalige Ausführung ein- und derselben Verrichtung. Die Verweisung auf jene Inventare dürfte in der Regel genügen. Immerhin ist damit der Bestimmung, von jeder erheblichen Aenderung im Stand und in der Anlage des Vermögens Mitteilung zu machen, nicht auch Rechnung getragen. Die Praxis hat gezeigt, dass in Ermangelung von durchgreifenden Sanktionen wegen Nichterfüllung der Inventarpflicht und der Obliegenheit, periodische Berichterstattungen über das Kindesvermögen abzulegen, den Vorschriften von Art. 291 ZGB oft ungenügend Rechnung getragen wird, weshalb die VB, sofern im einzelnen Fall Gefahr besteht, d. h. schon bei blosser Glaubhaftmachung einer Gefährdung, dem Elternteil die Vorweisung des Kindesvermögens, die Sicherstellung oder sogar eine Beistandsbestellung verfügen kann.[2]) Eine Schutzmassnahme ist häufig auch die Anordnung der Hinterlegung des Vermögens im Waisenarchiv, unter Beibehaltung der elterlichen Verwaltungs- und Nutzniessungsrechte.

Bezüglich des Verfahrens und der Form des Inventars hat der Inhaber der elterlichen Gewalt oder ein Beistand, dessen Teilnahme an der Inventur, selbst wenn er ein Kanzleibeamter ist, keine Umwandlung des Inventars in ein öffentliches bewirkt, auf Grund der Vermögensteilung eine übersichtliche Zusammenstellung der Kindesaktiva und -passiva zu geben. Liegenschaften, Fahrnis und Werttitel sind unter Angabe des Schätzungs-, resp. des Kurswertes genau zu verzeichnen. Ohne diese Spezifizierung wäre die VB häufig nicht in der Lage, das Vorliegen einer Gefährdung darzutun. Keinesfalls genügt es, die Erklärungen des Inhabers der elterlichen Gewalt entgegen zu nehmen und zu protokollieren; vielmehr soll das Inventar auf seine formelle und materielle Richtigkeit sorgfältig geprüft und mit anderen, über den Vermögensstand aufschlussgebenden Urkunden verglichen werden. Wo die Möglichkeit einer Interessenkollision mit dem Elternteil nicht besteht, z. B. bei Aufzeichnung von Vermögen grosselterlicher Provenienz, wird man in der Regel auf die Aussagen des Elternteils abstellen können. Wo dieser aber an der Erbschaft Interessen besitzt, was für die Frage zutreffen kann, ob und welches Eigengut der verstorbene Ehegatte in die Ehe eingebracht habe, ist eine Ueberprüfung der Angaben unumgänglich.[3])

[1]) Maier: L'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle, thèse Lausanne 1920 p. 96.
[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 26 S. 280.
[3]) Zentralbl. f. Staats- u. Gemeinde-Verw. Bd. 24 S. 274.

Neuerdings wurde eine Beistandschaft zwecks Aufnahme eines richtigen Kindesinventars angeordnet, weil der überlebende Ehegatte in der eingereichten Aufstellung versucht hatte, der VB den wirklichen Bestand des Kindesvermögens zu verheimlichen, um dieses in einem voraussichtlich unrentablen Gebäude anzulegen.[1]) In einem früheren, auch durch das Bundesgericht bestätigten Entscheid wird freilich eine aus den nämlichen Gründen angeordnete Beistandschaft abgelehnt mit dem Hinweis darauf, dass in einem solchen Falle die VB durch die vom kantonalen Recht für das Erbschaftsinventar bestimmten Organe ein amtliches, eventuell sogar ein öffentliches Inventar hätte aufnehmen lassen sollen.[2]) Beizufügen ist, dass eine zu solchem Zweck bestellte Beistandschaft nur sekundäre Bedeutung besitzt und nicht in Frage kommt, wenn die Behörde durch ein Kindesinventar etwa Kenntnis vom erblasserischen Vermögen bekommt. Ihm vorgängig muss also das gesetzliche Verfahren zur Feststellung des Nachlasses durchgeführt worden sein. Es steht fest, dass der Sicherungszweck des privaten Kindesinventars durch eine den Tatsachen nicht entsprechende Deklaration gehemmt, wenn nicht vereitelt wird. Es fehlt der VB alsdann die Möglichkeit, sich über die Veränderungen in Stand und Anlage des Kindesvermögens zu orientieren.

In einem bundesgerichtlichen Entscheid machten die Beschwerdeführer geltend, Art. 291 ZGB sehe lediglich die Einreichung des Inventars bei der VB vor, und die zürcherische Bestimmung laut EG zum ZGB, die eine Nachgenehmigung durch den Bezirksrat verlange, widerspreche dem Bundesrecht.[3]) Das Urteil stellte vorerst fest, dass Art. 291 sich darüber nicht ausspreche, ob der Befund der amtlichen Prüfung durch eine formelle Genehmigung, bzw. Nichtgenehmigung bekannt gegeben werden müsse. Die Bezeichnung der VB als Einreichungsstelle schliesse ferner nicht aus, dass die Kantone entweder die Prüfung schlechthin oder die Nachprüfung der AB übertragen dürfen. Weder Art. 398 ZGB, für das Inventar bei Uebernahme des Amtes, noch Art. 423 ZGB, für die periodischen Berichte und Rechnungen des Vormundes, schlössen eine Genehmigung durch die AB gemäss kantonaler Vorschrift aus, weshalb die Analogie bezüglich des privaten Kindesvermögens nicht zur Aufhebung des bezirksrätlichen Genehmigungsbeschlusses zu führen vermöge. Nur wenn durch das Gesetz die Funktionen einzig und allein der VB zugewiesen wäre, wie z. B. Art. 421 ZGB die Zustimmung zu gewissen Geschäften des Vormundes für den Schützling vorbehält, stünde den Kantonen eine abweichende Regelung nicht zu und zwar auch nicht insofern, als die Nachprüfung durch die AB vorgeschrieben werden dürfte; denn in diesem Fall müsste die bundesrechtliche Ordnung als abschliessend gelten.

Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Behörden ergibt sich aus der Pflicht, Vorkehrungen, die nach der Sachlage angezeigt erscheinen, zum Schutze des Kindesvermögens zu treffen. Grundsätzlich besitzt Art. 426 ZGB also auch hier Geltung. Wegen der blossen Vermerknahme der Elternberichte, statt einer nach den Umständen gebotenen Prüfung und Genehmigung, wird das vormundschaftliche Organ für den Schaden, der kausal das Kindesvermögen beeinträchtigt, ersatzpflichtig erklärt werden können. Desgleichen für die Unterlassung der Feststellung, ob die in der eingereichten Aufstellung figurierenden Bestandteile, z. B. die

[1]) Zentralbl. f. Staats- u. Gemeinde-Verw. Bd. 35 S. 255.
[2]) „ „ „ „ „ „ Bd. 31 S. 285.
[3]) BE Bd. 58 II S. 398 (Merhart-Bezirksrat Zürich).

bezeichneten Werttitel, auch wirklich vorhanden sind. Eine Schadenersatzklage kann auch mit der Behauptung des Erben begründet werden, dass er mangels eines regelrechten Kindesinventars den Beweis seines Vermögens gegen Stiefvater und Stiefgeschwister nicht zu erbringen imstande gewesen und infolgedessen zu Schaden gekommen sei. Oder man behauptet, dass bei einem den Tatsachen entsprechenden Inventar die VB in die Lage gesetzt worden wäre, rechtzeitig Schutzmassnahmen gegen eine Schädigung zu treffen.[1]) Indirekt, über Art. 291 ZGB, mag die VB ein Verschulden treffen, wenn unterlassen wird, auf Grund des mangelhaften Inventars oder der Berichterstattung im Sinne von Art. 285 und 297 ZGB einzuschreiten, die Rechte der Eltern am Kindesvermögen zu entziehen oder die Entmündigung des bis dahin die elterliche Gewalt ausübenden Elternteils auszusprechen.

Abschliessend sei noch untersucht, ob die im oben zitierten, bundesgerichtlichen Entscheide nach kantonaler Norm vorgesehene Genehmigung durch die AB deren Verantwortlichkeit auch laut Art. 426 ZGB oder nur nach kantonalem Beamtenrecht involviert. Denn, wenn die aufsichtsbehördliche Befundnahme der kantonalen Gesetzgebung überlassen ist, könnte die Anwendung bundesrechtlicher Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung bezweifelt werden. Allerdings greift in Bezug auf die kantonalen Vorbehalte im Gebiete des Privatrechtes die Vermutung Platz, dass die Bundesgesetzgebung die ganze Materie einheitlich geordnet habe, weshalb die zugunsten der Kantone ausgesprochenen Vorbehalte niemals ausdehnend interpretiert werden dürfen. Wohl hat das ZGB es in weitem Rahmen den Kantonen überlassen, zu bestimmen, welchen Behörden und Beamten die durch das Bundesrecht geschaffenen Aufgaben zugewiesen werden sollen, in einigen Fällen aber spricht das ZGB die Kompetenz einer bestimmten Behörde zu, z. B. in Art. 30 und 96.[2]) Desgleichen ist in Art. 291 klar und eindeutig von der VB, als zuständiger Instanz, die Rede. Streng genommen sollten darum bezüglich der AB kantonale Verantwortlichkeitsgrundsätze als Kriteria herangezogen werden. Indessen wäre auch der Geltungsbereich von Art. 426 ff. ZGB nicht ausgeschlossen, da ja laut Entscheid die Genehmigung durch die AB in der Fassung 291 ZGB enthalten ist und es zweckentsprechend scheint, die Funktionen der Mitglieder der AB für ein und denselben Tatbestand bezüglich der Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit nach dem gleichen Masstabe zu beurteilen, der auch für die VB Geltung besitzt. Für die Höhe und den Umfang des richterlichen Schadenersatzes dürfte diese Differenzierung kaum ein anderes Resultat haben. Immerhin erbringen solche durch kantonale Vorschriften einer vormundschaftlichen Behörde zugewiesene Obliegenheiten den Beweis dafür, dass die Abgrenzung des kantonalen zivilen und öffentlichen Rechtes von derjenigen des Bundeszivilrechtes nicht überall gradlinig verläuft.

[1]) Gautschi: Anleitung zur Errichtung von Kindesinventaren. S. 3 ff.
[2]) Tuor: Das schweiz. ZGB S. 23.

2. Kapitel: Die Frage der Geldanlage.

§ 13. Die Anlage der Mündelgelder im allgemeinen.

Wir unterziehen in diesem Zusammenhang Gesetzgebung und Rechtsprechung, die zur Anlage, Umwandlung und Verwahrung von Kapitalien Stellung nehmen, einer kurzen Prüfung. Hinsichtlich der Amtshandlungen auf Grund der Art. 401 und 402 ZGB haben sich die vormundschaftlichen Organe der gleichen Sorgfalt zu befleissigen, die sie in jedem Verhalten dem Schutzunterstellten gegenüber zu beobachten verpflichtet sind. Kraft seiner prinzipiellen Selbständigkeit ist der gesetzliche Vertreter ermächtigt, das seiner Obhut anvertraute Geld nach freier Wahl in den staatlicherseits als mündelsicher anerkannten Werten anzulegen. Den Behörden im besonderen fällt die Pflicht der Kontrolle und der Aufsicht zu.

> «Mündelsicherheit nennt man die gewissen Arten von Vermögenswerten durch gesetzliche Bestimmung beigelegte Eigenschaft als Anlage für die Gelder von unter Vormundschaft stehenden Personen zu dienen. Sie beruht auf der durch das Gesetz geschaffenen Vermutung, dass die in Betracht kommenden Vermögenswerte besondere Sicherheit gegen die Gefahr einer Wertverminderung bieten.»[1])

Die Anlagen sind, sofern sie den an sie gestellten Anforderungen genügen, in der Regel verzinsliche Ansprüche auf Geldleistungen. Art. 401 ZGB drückt dies in zweifacher Hinsicht aus. Der Absatz 2 dadurch, dass der Vormund selbst zinspflichtig wird, wenn er die Anlage von freiem Geld länger als einen Monat unterlässt.

Volkswirtschaftlich gesehen, ist der Grund der rechtlichen Sicherheit der, dass die Anlage der ersten paar Tausend Franken das integrierende Moment eines jeden, weiter auszubauenden Sparsystems ist, für ein Volksvermögen fundamentale Bedeutung hat und von allen Kreisen mit einer möglichst grossen Umsicht bewerkstelligt werden sollte. Mehr wie andern, muss dem kleinen Vermögen Gelegenheit geboten sein, sichere Anlagen zu finden und nur die besten Werte dürfen für sie gut genug sein.

Den «valeurs de père de famille» werden die «valeurs accessoires ou d'appoint» und diesen die «valeurs spéculatives» gegenübergestellt.[2]) Während dem «capitaliste ordinaire incompétent et paisible», mit der Progression seines Vermögens zu empfehlen ist, etwa einen Viertel seines Vermögens in valeurs accessoires, d. h. in Werten, die zwar nicht mehr als ganz erstklassig zu bezeichnen sind, die aber trotzdem eine bedeutende Sicherheit und daneben eine etwas höhere Verzinsung und eine sehr grosse Auswahl bieten, anzulegen, sind den vormundschaftlichen Organen Neuanlagen von Mündelgeldern schon in dieser Kategorie von Wertpapieren, wenn nicht gar in Spekulationspapieren untersagt. Der Grund dafür ist der, dass Katastrophen und Ereignissen, die Schädigungen der Privatwirtschaft nach sich ziehen, die unter behördlichem Schutz stehenden Mündelwerte nach Möglichkeit entzogen bleiben sollen. Die Folge der Aufsicht über die Anlagen, die sich zwangsläufig auch aus dem Gang der Verwaltung ergeben muss, war natürlich die Umschreibung derjenigen Investierungen, innerhalb welcher die vormundschaftlichen Organe freie Wahl haben und die ohne Revision oder oberinstanzliche Bewilligung nicht vermehrt

[1]) Michaelis: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft v. Stier, Somlo und Elster Bd. 4 S. 128.
[2]) Leroy-Beaulieu: L'art de placer et de gérer sa fortune, p. 65.

werden dürfen. Es kann den Behörden nicht in jedem Einzelfall zugemutet werden, die Sicherheiten, die ein Werttitel bietet, einer Sonderprüfung zu unterziehen, auf Grund eines Studiums der Geschäftsberichte diese oder jene Anlage als mündelsicher zu bezeichnen oder abzulehnen. Die staatliche Empfehlung, Titel eines im Rufe der finanziellen Unsicherheit stehenden Unternehmens zur Zeichnung den Schützlingen zu empfehlen, müsste als aussergewöhnlich schwerer Rechtsmissbrauch der öffentlichen Gewalt taxiert werden. Desgleichen soll auch nicht ein Staat eine eigene Anleihe zur Zeichnung auflegen und mit dem Titel «mündelsicher» empfehlen im Bewusstsein eines bevorstehenden Wechsels in der Regierungsform oder seiner finanziellen Unfähigkeit.

Der wichtigste wirtschaftliche Gesichtspunkt ist die Sicherheit. Sie ist vorhanden, wenn auf die Rückerstattung des Betrages gezählt werden kann und wenn die Voraussetzungen des Zahlungswillens, der Zahlungsfähigkeit und des Zahlungstermins grösstmögliche Garantien bieten. Im Gegensatz zu früher, werden heute auch mit der Bezeichnung «mündelsicher» versehene Werttitel eher kurz- als langfristig lauten. Die Faktoren Chance und Risiko sollen hier keine Rolle spielen. Zur Erhöhung der Sicherheit kommen hinzu: die Verteilung der Risiken durch zweckmässige Anlagen auf verschiedenen Objekten, die Zerstückelung des zu investierenden Kapitals, die geographische Verteilung der Werte, in der Weise, dass sie verschiedenen Markteinflüssen unterliegen, die Regelmässigkeit und Höhe der Erträgnisse und vor allem die jederzeitige Verfügbarkeit, der die Kotierung an den Börsen am besten gerecht wird.[1]) Der Mündelsicherheit entsprechende Anlagen sind demnach folgende: 1. Forderungen, die an einem inländischen Grundstück sicher gestellt sind, 2. Anleihen, d. h. verbriefte Forderungen gegen den Staat (eidgenössische und kantonale Anleihen), 3. verbriefte Forderungen, deren Verzinsung vom Staat gewährleistet ist, 4. Wertpapiere, besonders Pfandbriefe und verbriefte Forderungen jeder Art gegen eine inländische, öffentliche Körperschaft, sofern sie vor der zuständigen Instanz zur Plazierung von Mündelgeldern geeignet erklärt wird, 5. Anlagen bei einer inländischen öffentlichen Bank, wenn sie staatlicherseits zur Annahme von Mündelgeld ermächtigt ist.

Es ist klar, dass immer nur von der grösstmöglichen, von der durch Gesetz geschaffenen Vermutung der Sicherheit, nicht aber von einer absoluten Sicherstellung die Rede ist. Denn bis heute konnte kein Staat seinen Untertanen auf finanziellem Gebiet diese Garantie bieten, die er nicht einmal auf politischem zu leisten imstande ist. Die Pflicht zur Anlage in mündelsicheren Werten, laut Art. 401 ZGB, in Verbindung mit den kantonalen Einführungsgesetzen und den Verordnungen, ist darum nicht als zwingende Regel, sondern nur als Ordnungsvorschrift zu betrachten. Der Vormund, der in einer Inflationszeit Geld seines Schützlings zu plazieren hat, muss sich geradezu der gesetzlichen Ordnung entziehen, da verzinsliche, d. h. namentlich Staatspapiere, abgesehen von der Geldentwertung und parallel zu dieser, auch an Wert einbüssen und die Befolgung der Vorschriften für normale Verhältnisse in diesem Zusammenhang ein Verstoss gegen Treu und Glauben und selbst gegen die Sorgfaltspflichten bedeutete. Er soll vielmehr darnach trachten, in den Besitz von Dividendenpapieren gut fundierter Unternehmungen zu gelangen, da solche Titel erfahrungsgemäss am ehesten der Geldentwertung standhalten und obschon sie in normalen Zeiten als nichtmündelsicher gelten. Ein weiterer

[1]) Dr. A. Meier: Die Kapitalanlagen, Zürich 1910 S. 110-134.

Einbruch in die Pflicht zur mündelsicheren Investierung von Bargeld im Sinne der kantonalen Werttitelverzeichnisse stellen Art. 421, Ziff. 1—4 7 und 11 dar mit den darin enthaltenen Anlagemöglichkeiten, die in Verbindung mit denen der Art. 403/4, 412 und 422 ZGB abschliessend geregelt sind. Eine mit § 1811 BGB identische Bestimmung, wonach das Vormundschaftsgericht «aus besonderen Gründen» dem Vormund eine andere Anlage gestatten könne als die Zeichnung von mündelsicheren Werttiteln, enthält das ZGB nicht.[1]) Ein bundesgerichtlicher Entscheid stellt fest, dass es dem gesetzlichen Vertreter, trotz der Vorschrift bares Geld mündelsicher anzulegen, soweit er dessen für den Bevormundeten nicht bedarf, grundsätzlich nicht verwehrt sei, nach anderen Investierungsmöglichkeiten zu suchen und unter den vorliegenden Umständen dem Mündel einen Bauernhof zu kaufen.[2]) Habe sich aber der Ankauf der Liegenschaft aus verschiedenen Gründen für den Kläger als schädigend erwiesen, so sei der beklagte Vormund für diesen Schaden insoweit ersatzpflichtig, als das Rechtsgeschäft nicht den Regeln einer sorgfältigen Verwaltung entspreche. Denn, trotz der Genehmigung durch die VB, der nicht die gleiche Einsicht in die Dinge zugemutet werden könne wie dem Vormund, gehöre es zu einer ordnungsgemässen Verwaltung, dass dieser sich dem Wunsch der Familie nach einem eigenen Heimwesen entgegensetze und allenfalls ein kleineres aufzutreiben suche, das mit weniger Aufwand an Arbeitskraft und Umsicht hätte bewirtschaftet werden können. Ferner entgegnete der bernische Regierungsrat auf eine dahin lautende Beschwerde, dass der Ankauf einer Strickmaschine mit dem kleinen, in behördlicher Obhut stehenden Vermögen eine Verletzung der Diligenzpflicht bedeute.[3]) Gerade hinsichtlich der Plazierung der letzten paar hundert Franken eines Vermögens müsse mit der grössten Vorsicht operiert werden. Nur wenn ein behördliches Verbot durch keinerlei sachliche Beweggründe erklärt werden könne, also reine Willkür vorliege, könne die Beschwerde von Erfolg begleitet sein.

Schliesslich sei noch auf den Fall Vicarino-Schächtelin verwiesen, wo die Anlage von Mündelgeld auch in ausserhalb der kantonalen, pupillarische Sicherheit bietenden Titeln gestattet wird.[4]) Die Transaktion in Swiss Jewel Aktien war aber schlechthin unstatthaft; sie stellte ein Spekulationsgeschäft dar, das wohl ein Finanzmann auf sich nehmen konnte, dessen Risiko aber ein Vormund, besonders, wenn er die ihm vorgesetzte Behörde über seine Schritte nicht genügend unterrichtete, wie es seine Pflicht gewesen wäre, nicht übernehmen durfte. Dazu kam, dass die Zeichnung der Titel einem Eintritt in die A.-G. mit erheblicher Kapitalbeteiligung gleichkam, wofür Art. 422, Abs. 3, ZGB die Zustimmung der AB verlangt, eine Voraussetzung, der in keiner Weise Rechnung getragen wurde. Der Vorwurf der fahrlässigen Amtsführung traf aber auch die Mitglieder der VB, weil sie die Bestimmung, den Vormund zur Rechnungsstellung anzuhalten, nicht nachgekommen waren, immerhin nur in dem Umfang, — was u. E. und abgesehen von der oft geübten Kritik an Art. 429 ZGB der Billigkeit nicht entsprach —, als sie bloss dafür einzustehen verpflichtet wurden, wofür der Vormund keinen Ersatz zu leisten vermocht hätte.

[1]) Ein Reichsgesetz vom 23. Juni 1923 änderte den § 1811 in der Weise ab, dass die Erlaubnis zu anderweitigen, als zur Anlage in mündelsicheren Titeln nur dann verweigert werden soll, wenn die beabsichtigte Art der Plazierung nach Lage des Falls den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufe.

[2]) Praxis des Bger. Bd. 24 S. 482 (Widmer-Schmid).

[3]) SJZ Bd. 28, S. 134.

[4]) BE Bd. 52, II S. 316 ff.

§ 14. Die Anlage und Verwahrung von Mündelgeld.

Gelangt ein Vormund bei Antritt oder in Ausübung seines Amtes in den Besitz einer Summe Mündelgeldes, deren er momentan nicht bedarf, mit der er aber auch keine Anlage in eigentlichem Sinne machen will, so investiert er sie am ehesten in einem Sparkassenbuch oder auf Kontokorrentrechnung. Die Konditionen, die die Banken zum Empfang von Mündelgeld ermächtigen, sind immer sehr streng. In Solothurn z. B. wird die Autorisation dann erteilt, wenn das Institut die Garantie einer oder mehrerer solothurnischen Einwohner- und Bürgergemeinden erbringt und diese als genügend betrachtet wird, oder wenn es durch einen Revisionsverband, resp. eine Treuhandgesellschaft jährlich revidiert wird, öffentlich Rechnung abgelegt und sich dem Finanzdepartement gegenüber durch den revidierenden Verband halbjährlich über die angelegten und deponierten Mündelgelder, sowie über deren Sicherstellung durch Faust- oder Grundpfänder legitimiert.[1]) Die Anerkennung spricht der Regierungsrat aus. Die grundpfändliche Sicherheit darf nur bis auf zwei Dritteile der amtlichen Katasterschatzung, bzw. Brandassekuranzschatzung des Pfandobjektes gehen. Objekte, die vorwiegend industriellen und gewerblichen Zwecken dienen, kommen nicht in Betracht.

Die Verordnungen anderer Kantone lauten ähnlich.[2]) Sofern die Gemeinderäte in Landesgegenden Mündelgelder bei einer Bank anlegen, die hiezu von der Finanzdirektion nicht autorisiert ist, handeln sie auf eigene Verantwortung und können sich im Falle eines unvorhergesehenen Schalterschlusses nicht exkulpieren. Für den Abschluss von Versicherungsverträgen auf das Leben des Bevormundeten, die bezüglich der Vorteile ähnliches bieten wie Sparkassenbücher und häufig zum Zwecke einer sicheren Kapitalanlage eingegangen werden, bedarf es der Zustimmung der VB. Der Vormund hat hier nicht die gleiche, freie Wahl, die ihm bei der Anlage von Mündelgeld in gewissem Umfange zusteht.

Die mit der Bezeichnung «mündelsicher» versehenen Werttitelkategorien sind in der Schweiz folgende: 1. Obligationen, Kassascheine und Renten von Gemeinden und Kantonen, des Bundes, der Bundesbahnen und Pfandbriefe, laut Bundesgesetz vom 25. Juni 1930. 2. Hypotheken ersten Ranges bis zu einem maximal zwei Drittel betragenen Wert der Grundsteuerschatzung, 3. Obligationen und Kassascheine der Kantonalbanken, sofern sie unbedingte Staatsgarantie besitzen, der Hypothekarkassen und anderer vormundschaftlich anerkannter Institute. Auffallend ist, dass einige Kantone in ihren Verzeichnissen, neben denen des Bundes nur ihre eigenen Titel beherzigen, was vom Standpunkt der Gefahrverteilung aus gerade so ungünstig ist wie die zu häufige Autorisation zu Empfang und Plazierung von Mündelgeldern bei Privatinstituten, die in letzter Zeit Anlass zu einer Rückwärtsbewegung gegeben hat.[3])

[1]) Verordnung betr. Anlage und Verwahrung des Mündelvermögens vom 1. Jan. 1932.

[2]) z. B. Die neue Verordnung des Kantons Aargau vom 24. Sept. 1932.

[3]) vgl. z. B. den Bericht des Direktors der sozialen Fürsorge der Stadt Bern an den Gemeinderat von 1934: 2. Die missliche Lage bei der Volksbank, sowie die unsichere wirtschaftliche Lage überhaupt, liessen es der Vormundschaftskommission angezeigt erscheinen, die bisherigen Vorschriften über die Mündelsicherheit etwas enger zu fassen. Namentlich glaubt die Vormundschaftskommission mit Rücksicht auf ihre Verantwortlichkeit keine privaten Bankinstitute mehr namentlich als mündelsicher bezeichnen zu dürfen. Das schliesst aber nicht aus, dass Mündelgut auch in Zukunft dort angelegt werden, bezw. angelegt bleiben kann. Wir denken insbesondere an die städtischen Bankinstitute, ev. auch an einzelne Landersparniskassen, nur muss dafür vom Vormund die ausdrückliche Zustimmung der Vormundschaftskommission eingeholt werden. Die neue Regelung dieser ausserordentlich heiklen Angelegenheit ist durch eine Weisung der Vormundschaftskommission getroffen worden.

Bemüht sich der Vormund erst bei der Rechnungsablage um die behördliche Genehmigung von der Vorschrift nicht entsprechenden Titeln und wird sie ihm erteilt, so wirkt die Zustimmung zurück und der Vormund ist der Verantwortlichkeit für sein Verhalten enthoben. Treten jedoch in der Zwischenzeit Verluste ein, so haftet der gesetzliche Vertreter auch für einen auf Zufall zurückzuführenden Verlust, sofern er nicht beweisen kann, dass, im Fall der sofortigen Befolgung von Art. 401 ZGB, der Zufall dennoch eingetreten wäre oder, dass die richtige Anlage ohne Verschulden seinerseits unterblieben sei.[1])

Die Normen betreffend Verwaltung von Mündelvermögen, Dokumenten und Vermögensberichten, tragen gleichfalls dem Moment der Sicherheit Rechnung. Wo Einzelbestimmungen fehlen, entscheidet die VB über den Verwahrungsort. Dokumente, die der Vormund für die Verwaltung und die laufenden Bedürfnisse benötigt, bleiben in seinen Händen. Die Behörden erhalten durch die Rechnungsablage von seiner Geschäftsführung Kenntnis. Indessen ist mit der Einrede seitens der VB, dass die vom Vormund unterschlagenen und depositionspflichtigen Wertpapiere ihm zum Inkasso und zur Konversion überlassen werden mussten, nichts gewonnen, wenn sich herausstellt, dass ein Teil des Vermögens hätte gerettet werden können, sofern die VB auf Vorweisung der Titel bei der nächsten Rechnungsablegung bestanden hätte.[2])

Im Einzelnen gelten hinsichtlich der Verwahrung folgende Regeln: Wertschriften, Kostbarkeiten etc. sind in einbruchs- und feuersicheren Gemeindearchiven oder in offenen oder verschlossenen Depots bei den ermächtigten Banken zu hinterlegen. In letzterem Falle sind die Bedingungen der Verwahrung vertraglich zu regeln. Seitens des Deponenten unterzeichnen der Vormund und das Waisenamt. Es werden Hinterlegungsscheine ausgestellt, die der VB zur Aufbewahrung in einer Schirmlade zu übergeben sind. Zur Entnahme von Werten aus den Schrankfächern oder dem Archiv ist die Mitwirkung von zwei autorisierten Personen nötig. Ein- und Ausgänge sind fortlaufend zu kontrollieren.[3]) Bei jeder Veränderung haben die beiden mitwirkenden Personen ihre Unterschrift zu geben. Die VB revidiert jährlich mindestens einmal die Wertbestände. Der Befund ist protokollarisch aufzunehmen. Zur Veränderung von Bankdepots oder zu deren Rückzug bedarf es der Ermächtigung der VB. Vor Oeffnung von verschlossenen Depots haben die Banken die Vollmachten der beiden Personen zu prüfen. All diese Voraussetzungen und Vorsichtsmassnahmen fallen weg, sobald es sich um die Aufbewahrung von Kindesvermögen durch eine VB handelt, die nicht gestützt auf vormundschaftliche Normen, sondern auf eine freiwillige Deposition durch die Mutter des Kindes, auf welche sie jederzeit zurückkommen darf, erfolgte.[4])

Bezüglich der Arbeitsverteilung scheinen uns freilich diejenigen Kantone unrationell vorgegangen zu sein, die die Aufbewahrung und ordentliche Verwaltung der Mündelwerte der VB zusammen mit autorisierten Banken übertragen haben; denn sofern die Gesetzgebung diese beiden Möglichkeiten vorsieht, muss sie auch die nötigen organisatorischen Mass-

[1]) vgl. Anm. 2.

[2]) Hefti: S. 168 u. BE Bd. 52 II S. 316 (Vicarino-Schächtelin): der beklagte Vormund wandte zu Unrecht ein, die Swiss Jewel A.-G. sei das Opfer unvorhergesehener Ereignisse geworden, für die er keine Verantwortung trage.

[3]) vgl. Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. Bd. 34. S. 37 ff, ein Fall, auf den wir später zurückkommen werden.

[4]) ZbJ Bd. 58 S. 95.

nahmen, die eine Zweiteilung der Arbeit erfordert, treffen, was mit erheblich grösseren Umständen und Mehrauslagen verbunden ist, als wenn nur eine Institution mit der ganzen Aufgabe betraut wird. Wir halten dafür, dass diese mehr technische Anforderungen stellenden Funktionen zur Vermeidung von zahlreichem, der VB angeschlossenem Personal den Banken zu übertragen sei. Ein staatlich anerkanntes Geldinstitut, z. B. eine Kantonalbank, bietet die gleichen Sicherheiten wie eine vielköpfige VB, abgesehen davon, dass der Zweck einer Bank die Aufbewahrung und Verwaltung von Vermögenswerten ist, wogegen die eigentlichen Funktionen der VB nicht in dieser Richtung liegen.

§ 15. Umwandlung der Kapitalanlagen.

Wenn bei Anordnung einer Vormundschaft, bei einem Wechsel des Vormundes, bei Aenderung einer kantonalen, die mündelsicheren Titel betreffenden Verordnung etc. sich im Vermögen des Schützlings Kapitalanlagen vorfinden, die keine genügende Gewähr bieten, so sind sie durch sichere Werte zu ersetzen. Laut der Ordnungsvorschrift von Art. 402 ZGB soll aber die Umwandlung nicht zur Unzeit, sondern unter Wahrung der Mündelinteressen vorgenommen werden.[1]) Unter besonderen Umständen ist es angezeigt, wenn der Vormund rechtzeitig mit der VB Fühlung nimmt und nötigenfalls deren Weisung einholt. Für Beiräte und Beistände ist die Ermächtigung zur Umwandlung eine Pflicht, insofern Verfügungen im Sinne von Art. 419, Abs. 2, ZGB vorliegen, die über die Verwaltung und Fürsorge zur Erhaltung des Vermögens hinausgehen. Die zürcherische Justizdirektion hat festgestellt, dass die Umwandlung gekündigter Schuldverschreibungen in andere des gleichen Schuldners nicht über die ordentliche Verwaltung hinausgehe, im Gegensatz zur Neuanlage, die keine gewöhnliche Verwaltungsmassnahme darstelle und deshalb nur auf Grund einer besonderen Ermächtigung vorgenommen werden dürfe.[2])

Art. 402 ZGB weist den Vormund an, von sich aus ungenügende Sicherheit bietende in mündelsichere Anlagen umzuwandeln. Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Organen sind, da sowohl die Normen des ZGB als auch die der Kantone bloss Sollvorschriften darstellen, ziemlich häufig. Sie äussern sich z. B. darin, dass ein gesetzlicher Vertreter, der von einem Titel annimmt, er biete die grösstmögliche Sicherheit, ev. erst bei der Rechnungsablage von der VB die Weisung erhält, die Investierung zugunsten einer mündelsicheren aufzugeben, welcher Weisung er nur zögernd oder überhaupt nicht nachkommt. In der Folge ist die VB kraft ihres Aufsichtsrechtes befugt, den Vormund durch Ordnungsstrafen, durch Amtsentsetzung, deren Androhung oder durch andere zur Wahrung der Mündelinteressen angezeigte Massregeln, zur Umwandlung der Anlage zu veranlassen. Natürlich muss aber auch der Ansicht des Vormundes Beachtung geschenkt werden. Die Umwandlung einer gewöhnlichen, in eine mündelsichere Anlage soll nicht schablonenhaft geschehen.

Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Vorschrift, die Transaktion unter Wahrung der Mündelinteressen und nicht zur Unzeit vorzunehmen. Namentlich bezieht sich das auf Vertreter, die aus Uebereifer, Angst oder

[1]) Hess: S. 84.
[2]) SJZ Bd. 25 S. 83.

aus Flucht vor der Verantwortlichkeit, die Umwandlung fristlos vornehmen und dadurch vermeidbare Einbussen herbeiführen. Zu erwähnen ist der Fall, wo ein Vormund dem Art. 402 ZGB zuwiderhandelte, indem er, trotz der behördlichen Umwandlungsorder, die vier, ungarischen, den regierungsrätlichen Vorschriften nicht entsprechenden Titel, nicht verkaufte, weil er glaubte, eine sofortige Konversion sei unklug und mit Kursverlusten verbunden, die später wieder wettgemacht werden könnten.[1]) Das bundesgerichtliche Urteil weist darauf hin, dass die Kantone im Gegensatz zu Art. 401 ZGB nicht zum voraus bestimmen können, was für Werte im Vermögen des Mündels zu belassen seien, vielmehr müsse in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob die Mündelinteressen eine Umwandlung rechtfertigen. Hier habe der Vormund allerdings eigenmächtig gehandelt, indessen sei seine Verwaltung nicht unsorgfältig im Sinne von Art. 426 ZGB gewesen, weil die Wirtschaftslage jener Zeit stabil und ein Krieg nicht voraussehbar war, und weil berechtigte Hoffnung bestand, die durch Baisse hervorgerufenen Kursverluste wieder aufzuholen. Ein heute und unter gleichen Umständen handelnder Vormund dürfte freilich nicht so glimpflich davon kommen. Denn die wirtschaftliche Situation und die Schwankungen des Wertpapiermarktes zeigen, wie gut gegenwärtig ein Vormund daran tut, bloss unter Inkaufnahme von Kursverlusten nicht wertbeständige Titel zugunsten von mündelsicheren einzutauschen, besonders dann, wenn er dazu noch aufgefordert wird. Die Sorgfaltspflicht ist wohl theoretisch eine konstante Grösse; in der Praxis aber kann ein bestimmtes Verhalten während einer Zeitspanne ihr zwar gerecht werden, unter veränderten Verhältnissen ihr jedoch nicht mehr entsprechen. Schliesslich sei auf den Fall Würsten c. Zingre u. Gen. verwiesen, wo eine durch die prompte Rückzahlung als sicher ausgewiesene Kapitalanlage, auf Weisung der VB hin, durch eine andere ersetzt wurde, die schon wegen der Unzuverlässigkeit der Person und des Geschäftsgebahrens desjenigen, dem sie anvertraut wurde, von vorneherein nicht eigentlich als sichere Kapitalanlage angesprochen werden konnte, gleichgültig, ob sie durch irgendwelche Real- oder Personalsicherheit garantiert werden mochte, und wo demzufolge alle beteiligten vormundschaftlichen Organe verantwortlich erklärt wurden.[2])

§ 16. Ausrichtung und Aufnahme von Darlehen.

Anschliessend an die die prinzipielle Selbständigkeit des Vormundes nicht berührenden Sollvorschriften bezüglich der Kapitalinvestitionen, bringen wir die im Rahmen von Art. 421 ZGB liegenden Voraussetzungen, unter denen Darlehen Mündelgeschäfte sein können, zur Sprache. Die in Art. 421 und 422 ZGB abschliessend aufgezählten Rechtshandlungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit in einem Fall der Zustimmung durch die VB, im andern derjenigen durch die AB. Die Tätigkeit des Vormundes wird in diesem Zusammenhang durch die Mitwirkung der Behörden eingeschränkt.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Erteilung der Einwilligung eine obrigkeitliche formale Amtshandlung und in der Regel ohne rechtsschaffende Wirkung. Dadurch dass aber zu der vertraglichen Abrede zwischen ge-

[1]) BE Bd. 48 II S. 422 (Hässig-Wehrli) u. Vierteljahresschrift für Aarg. Rechtssprechung Bd. 24 S. 14 ff.
[2]) Praxis des Bundesgerichtes Bd. 22 S. 272 ff.

setzlichem Vertreter und Dritten das Requisit des behördlichen Einverständnisses kommen muss, wird es zu einem materiellrechtlichen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes.[1]) Unmittelbar beteiligt ist eine VB, resp. eine AB nur dann, wenn sie aus selbständiger Erwägung heraus sich bei der Durchführung des Rechtsgeschäftes als Partei beteiligt und als Stellvertreterin des Schützlings auftritt, sei es ohne die Meinung des Vormundes einzuholen, sei es in Uebergehung desselben, in welchem Fall der Vormund der Behörde aus dem Inhalt des Geschäftes für gehörige Sorgfalt haftet. Ein ohne die gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden abgeschlossenes Rechtsgeschäft erlangt, laut Art. 424 ZGB und in Analogie zu den Bestimmungen von Art. 410 und 411 hinsichtlich der vom Schützling ohne Bewilligung des gesetzlichen Vertreters eingegangenen Verpflichtungsgeschäfte, nur relative Gültigkeit.

1. Die Ausrichtung eines Darlehens.

Die Situation, dass arbeitsfähige Mündel wegen ihrer besonderen geistigen und körperlichen Eigenschaften schwer eine konvenierende Beschäftigung finden, gibt oft zum Abschluss von Darlehensverträgen zwischen Mündel und künftigem Arbeitgeber, der sich neben den Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag zur Beschaffung von Arbeit verpflichtet, Anlass.[2]) Die Behörden haben diesen Gewissenskonflikt auszutragen; denn die Verschaffung eines Wirkungskreises für den Pflegebefohlenen ist eine in jeder Beziehung glückliche Lösung, selbst wenn sie mit von der Behörde nicht zu verkennenden Risiken verbunden sein sollte. Ein wegen Geistesschwäche Bevormundeter konnte sich infolge Besserung seines Zustandes durch Ausrichtung eines Darlehens von Fr. 10,000.— und durch geschäftliche Mitarbeit an einem Unternehmen beteiligen. Die VB stimmte der Vereinbarung zu. Später wurde das Schutzverhältnis aufgehoben. Im Konkurs des Unternehmens erhielt der Darleiher eine 18prozentige Dividende ausbezahlt. Auf die Schadenersatzklage gegen den Kanton Baselstadt, die vom Standpunkte des Ersatzberechtigten auf eine zu seinem Nachteil ausgefallene Vernachlässigung der Diligenzpflichten zurückzuführen sei, wurde wegen Verjährung nicht eingetreten, mit dem Zusatz, dass das Begehren auch materiell nicht hätte geschützt werden können.[3]) Darlehensverträge, die nur unter der Bedingung, dass der urteilsfähige Schützling für allfällige Schadenersatzansprüche Garantie leiste oder zum gleichen Zweck mit dem Borger eine Solidarbürgschaft eingehe, von der VB bewilligt werden, dürften kaum im Sinne des Gesetzes liegen, selbst wenn daraus ein materieller Gewinn für den Pflegebefohlenen resultieren kann.

2. Die Aufnahme eines Darlehens.

Oft erheischen die Umstände, dass zur Erziehung eines elternlosen Unmündigen oder zur Fortsetzung der Studien einer unter staatlichem Schutz stehenden Person Darlehen aufgenommen werden müssen. Die VB hat unter Anhörung des Vertreters eingehend zu prüfen, ob ein solches Vorgehen gerechtfertigt ist, besonders ob der Borger künftig in der Lage sein werde, die Summe zurückzuerstatten. Schliesst, wie im Fall Vicarino-

[1]) Endemann: § 224 sub. 4a und Planck: Vorbem. zu §§ 1821—32.

[2]) vgl. z. B. den schon erwähnten Fall in ZbJ Bd. 63 S. 236.

[3]) BE Bd. 43 II S. 60 ff (Kummert-Basel-Stadt ; Bekanntlich können alle Zivilansprüche, welche aus der Verantwortlichkeit der Behörde und Beamten fliessen, unter Vorbehalt des Rückgriffs auf die Fehlbaren, gegen den Kanton geltend gemacht werden (§ 112 Baselstädtisches EG).

Schächtelin, der Vormund in Anbetracht des zur Zeit nicht disponiblen Mündelvermögens, ohne Einwilligung der VB mit einer Bank einen Vertrag über ein zu 7½% verzinsliches Darlehen ab, so liegt in diesem Vorgehen eine Pflichtverletzung, die vorerst hätte disziplinarisch geahndet werden müssen. Vor Schadenersatzansprüchen wäre der gesetzliche Vertreter gesichert gewesen, wenn er durch Erklärung des Selbsteintritts aus dem hinkenden ein gültiges Rechtsgeschäft gemacht hätte. Da er sich aber weder in dieser, noch in jener Richtung eine Blösse geben wollte, war er schliesslich gezwungen, bei Kündigung des Kredites einen Verlust in Kauf zu nehmen und die gezeichneten Titel unter Kurseinbussen zu verkaufen. Dieses Vorgehen entsprach der Diligenzpflicht wiederum nicht, weil er die Titel für die Mündel erwarb und wenigstens bezüglich der pupillarische Sicherheit bietenden eidgenössischen Kassascheine der Zustimmung zur Umwandlung bedurft hätte.

3. Kapitel: Die Bürgschaft im Verhältnis zu Zustimmungserklärungen und Garantieversprechen.

§ 17. Die verbotenen Geschäfte laut Art. 408 ZGB und die Eingehung von Bürgschaften gemäss Art. 395 ZGB.

Art. 408 ZGB verbietet dem Vormund vornehmlich die Eingehung von Bürgschaften und Ausrichtung von Schenkungen zu Lasten des Schutzbefohlenen. Die Kommentatoren stimmen darin überein, dass sich die Bestimmung auf die Vertretungsmacht des Vormundes bezieht, über den Charakter des Artikels gehen sie auseinander. Einige Autoren sehen den Sinn des Gesetzes in der Nichtigkeit eines solchen Geschäftes,[1]) während andere nur eine einseitige Unverbindlichkeit anerkennen wollen,[2]) die eine indirekte Aufforderung an die vormundschaftlichen Behörden zur Vorkehrung von Massnahmen bedeuten würde. Denn wenn der Mündel die Handlungsfähigkeit erlangt, bevor das getätigte Geschäft rückgängig gemacht ist, kann er es nach Ansicht von Kaufmann einfach genehmigen und braucht es nicht noch einmal vorzunehmen.[3]) In einem schon zitierten Entscheid, der sich auf die Frage der Gültigkeit einer vom urteilsfähigen Verbeirateten ohne die erforderliche Zustimmung des Beirates eingegangene Bürgschaft bezieht, wird aber festgestellt, dass bei Geschäften, für deren Bestand das Gesetz zum Schutz der Vertragschliessenden eine Form vorschreibt, eine bloss formlose, nachträgliche Genehmigung durch den (voll) handlungsfähig gewordenen Kontrahenten nicht genügen könne.[4]) Die Beobachtung der Form während der Dauer der Beschränkung der Handlungsfähigkeit erscheine nicht als ausreichend, weil sie damals ihren Schutzzweck nicht zu erfüllen vermochte, sondern zum Schutz des beschränkt Handlungsfähigen ausserdem noch die Mitwirkung des Beirates nötig war. Unter diesem Gesichtspunkt komme nichts darauf an, dass die Form, welche nach Aufhebung der Beschränkung der Handlungsfähigkeit

[1]) Hefti: S. 153 54; Planck: Komm. zu § 1804 Note 4.
[2]) Egger: Komm. zu Art. 408 Note 2 und Fuchs: Komm. zu § 1804 Note 3.
[3]) Kaufmann: Komm. zu Art. 408 Note 4.
[4]) BE Bd. 54 S. 83 (Spar- und Leihkasse Bern-Cathrein).

zum Schutz des in Betracht fallenden Kontrahenten genügt haben würde, seinerzeit erfüllt worden sei, als dies noch nicht der Fall war.

Sowohl die früheren kantonalen Rechte als auch die Entwürfe zum ZGB gestatteten den Abschluss dieser heute ausgeschlossenen Rechtsgeschäfte mit vormundschaftsbehördlicher Bewilligung. Im ZGB sei auf die Absätze 7 und 9 von Art. 395 verwiesen, die urteilsfähigen Verbeirateten unter Mitwirkung des Beirates die Eingehung von Bürgschaften und Ausrichtung von Schenkungen ermöglichen und eine Milderung von Art. 408 ZGB bedeuten. Im Interesse der Verkehrssicherheit lehnt Curti-Forrer die Ungültigkeit besagter, vom Vormund namens des Mündels abgeschlossenen Geschäfte ab, um die Gutgläubigkeit Dritter zu schützen.[1]) Die Rechtsprechung darf das Verbot von Art. 408 natürlich nicht durchbrechen. Von den Absätzen 7 und 9 des Art. 395 wird mit Rücksicht auf die Tragweite und Gefährlichkeit der Geschäfte selten Gebrauch gemacht. Der bernische Regierungsrat hat sich hierüber folgenderweise geäussert:

> «Der Beiratschaft kann, trotzdem der Verbeiratete ohne Zustimmung der VB sowohl Bürgschaften einzugehen als Schenkungen zu machen in der Lage sein soll, keine von der Systematik und dem Sinn des Gesetzes abweichende Stellung gegeben sein. Geht man davon aus, dass laut Art. 408 dem Vormund der Abschluss solcher Geschäfte verboten ist und die vormundschaftlichen Organe sich an die Regel einer sorgfältigen Verwaltung zu halten haben, wird die Annahme berechtigt sein, für die Eingehung einer Bürgschaft und Ausrichtung einer erheblichen Schenkung zu Lasten des Verbeirateten sei die Zustimmung der VB ebenfalls erforderlich».[2])

Die Auslegung von Art. 395 Abs. 7 und 9 scheint also dahin zu gehen, die dem Verbeirateten, nicht aber dem Bevormundeten erlaubten Geschäfte dem Art. 421 ZGB zu subsumieren, d. h. an die Zustimmung der VB zu knüpfen, was diese vielleicht einmal veranlassen könnte, im Falle der Unumgänglichkeit Art 408 ZGB ausser Acht zu lassen. Freilich dürfte eine trotz dem Verbote vom Bevormundeten eingegangene Bürgschaft, resp. Schenkung, vor den Gerichten kaum Gnade finden.

§ 18. Zustimmungserklärungen und Garantieversprechen.

Um zu einem gleichen Ziel wie die Bürgschaft nämlich zur Sicherstellung vor Gläubigerschäden, verursacht durch einen eventuell zahlungsunfähigen Schuldner, zu gelangen, pflegen vorsichtige Vormundschaftsbehörden in zweifelhaften Fällen von den Schützlingen, die natürlich urteilsfähig sein müssen, von deren Verwandten oder von der Heimatbehörde schriftliche Zustimmungserklärungen und Schadlosversprechen für zu bewilligende Rechtsgeschäfte entgegenzunehmen. Eine Bürgschaft gibt in diesem Zusammenhang nur insofern zu einem Vergleich Anlass, als es sich hier wie dort um einen Schutz vor Ansprüchen handelt, die aus der Verantwortlichkeit fliessen. Aus einer Gegenüberstellung von Garantieversprechen, wie wir sie im Auge haben und Bürgschaft ergäbe sich folgende Stellung der Kontrahenten: Der Gläubiger ist die VB, Schuldner der Mündel und der Bürge identifiziert sich mit dem Mündel, dessen Verwandten

[1]) Curti-Forrer: Komm. zu Art. 408 Anm. 2.
[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 25 S. 73.

oder seiner Heimatgemeinde. Hinsichtlich der Einwilligung eines Mündels greift, wie schon erwähnt, Art. 409, Abs. 2, ZGB Platz, wonach der gesetzliche Vertreter durch sie von der Verantwortlichkeit nicht befreit wird. Immerhin schliesst das nicht aus, dass, wenn in besonderen Fällen die VB nach Prüfung der Lage zu ihrer vollen Beruhigung die Zustimmung eines urteilsfähigen Pflegebefohlenen einholt, im Zweifel zugunsten der Behörde geurteilt und eine Herabsetzung des Schadenersatzes verfügt wird.

Bei Zustimmungserklärungen und Garantieversprechen anderer Personen, namentlich der unterstützungspflichtigen Verwandten und der Heimatgemeinde, handelt es sich rechtlich um einen Vertrag zugunsten Dritter. Demzufolge scheint es gerecht, Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 O. R. zur Anwendung kommen zu lassen und dem Richter eine Ermässigung oder sogar eine Aufhebung der Ersatzpflicht anheimzustellen. Den Eltern eines geisteskranken, betrügerischen und unter staatlichem Schutz stehenden Sohnes gelang es auf die Erklärung hin, wonach sie für allen Schaden, den ihr Sohn nach Entlassung aus der Vormundschaft anstifte, aufkommen zu wollen, die Vormundschaft in eine Beistandschaft umzuwandeln. Im Prozess gegen die Eltern, der das Resultat neuer Betrügereien des Sohnes war, machten jene geltend, es habe sich nicht um ein Schadlosversprechen, sondern um eine Bürgschaft gehandelt, welche jedoch wegen Nichtbeachtung eines formellen Requisites ungültig sei. Der bundesgerichtliche Entscheid lehnte diesen Einwand ab und führte weiter aus, die Abmachung hätte nur dann als im Sinne von Art. 20 O. R. widerrechtlich erklärt werden müssen, wenn die Behörde, unbekümmert ob an sich begründet oder nicht, nur gestützt auf die Garantieerklärung, die Vormundschaft aufgehoben hätte. Eine Garantieerklärung diene lediglich zur Beruhigung. Ihr Wert sei nur ein reduzierter. Unter keinen Umständen dürfe sie die Behörden von der Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der konkreten Verhältnisse abhalten.[1])

4. Kapitel: Verträge zwischen Mündel und Vormund und die Veräusserung von Mündelgrundstücken.

§ 19. Verträge zwischen Mündel und Vormund.

Art. 392 Abs. 2 und Art. 422 Abs. 7 erheischen für den Fall des Abschlusses von Verträgen zwischen Mündel und Vormund, Beistand, Beirat und VB die Zustimmung der AB, resp. die Ernennung eines Sonderbeistandes nach vorausgegangener Erkenntnis der VB. Den Grund für die oberinstanzliche Mitwirkung bilden die kollidierenden Interessen; es besteht nämlich grosse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Vertreter oder die VB in eigennütziger Weise vom Schützling die Uebernahme von Verpflichtungen oder die Preisgabe von Rechten zu eigenen oder fremden Gunsten verlangt.

Sofern es sich um einen Vertrag zwischen Mündel und VB, z. B. in Form eines Erlasses von Forderungen, die jenem gegenüber dieser aus Vernachlässigung der Diligenzpflichten zusteht, handelt, kommt die Be-

[1]) BE Bd. 47 II S. 208 ff (Kunz-Rassmann).

schlussfassung der VB als gesetzliches Requisit in Wegfall. Bei diesem Schulderlass stellte der Richter allerdings bloss fest, dass er nicht zu untersuchen habe, ob dieser Vertrag angesichts von Art. 424 ZGB und da es sich um ein der Genehmigung der AB unterliegendes Abkommen handle, an sich rechtsgültig sei und ob er nicht zum mindesten noch der nachträglichen Sanktion des Mündels nach erlangter Volljährigkeit bedurft hätte; denn aus prozessualen Gründen dürfe er sich nur mit dem eingeklagten, um den Erlass gekürzten Schadenersatzbetrag befassen.[1])

Es widerspricht den Bedürfnissen des Lebens und einem vernünftigen Verhältnis zwischen Vormund und Mündel in Bagatellsachen, die eine Uebervorteilung der schwächeren Vertragspartei ausschliessen, entweder die Behörden mitwirken oder die Angelegenheit durch einen Dritten besorgen zu lassen.[2]) Unter Bagatellsachen sind alle Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die Reparaturen, die der Vormund als Handwerker dem Schützling besorgt etc., verstanden.

Als unabhängig von einer vormundschaftsbehördlichen Genehmigung ist auch die grosse, nicht nur im engen Rahmen der Verträge zwischen Vormund und Mündel liegende Kategorie von Rechtsgeschäften, die den urteilsfähigen Unmündigen oder den Entmündigten unentgeltliche Vorteile verschaffen (Art. 19 Abs. 2 ZGB), zu werten. Wenn ein Vormund aus dem Mündelvermögen einem Dritten ein Darlehen von mehreren tausend Franken ausrichtet, darf vor allem nicht der mit sich als Selbstzahler kontrahierende Vormund, unter normalen Umständen aber auch nicht der zur Erstattung des Betrages mitverpflichtete Solidarbürge (Ausnahme: Art. 494, Abs. 3 OR) sich darauf berufen, seine Verpflichtung sei mangels Zustimmung der AB gegenüber dem Mündel nicht zustande gekommen.[3]) Denn Absatz 7 besteht wie alle Bestimmungen von Art. 392, 421 und 422 ausschliesslich zum Schutze des Schützlings. Die Tatsache, dass der Vormund durch die Gewährung des Darlehens den Gesetzesvorschriften zuwider gehandelt hat, tut weder den Wirkungen aus diesem Rechtsgeschäft noch der angefochtenen Bürgschaft Abbruch. Ihre Uebernahme seitens des Vormundes hat keine Vergrösserung, sondern im Gegenteil eine Verringerung der Risiken für den Mündel zur Folge gehabt, ein Moment, das die ablehnende Haltung in der prinzipiellen Frage bestärkt.

Widerspricht ein Selbsteintritt den Interessen des Mündels und hat er eine Belastung seines Vermögens zur Folge, ist unter Beobachtung allfälliger Sicherungsmassnahmen der frühere Rechtszustand wieder herzustellen. Dies gilt z. B. für den Fall, dass ein gesetzlicher Vertreter für Rechnung des Vertretenen Titel erwirbt, in der Absicht, sie, sofern ihr Kurs- und Ertragswert steigt, für sich zu erwerben, andernfalls sie im Vermögen des Mündels zu belassen. Selbstverständlich äussert der Kauf seine Vorteile bringenden Wirkungen zugunsten des Schützlings. Ein Selbsteintritt des gesetzlichen Vertreters kommt nur in Betracht, wenn durch das Rechtsgeschäft ein Schaden für den Mündel entstanden ist, zu dessen Ausgleich jener sich auf diese Art oder durch Vermittlung einer vormundschaftlichen Behörde entschliesst.

Die Literatur gibt nicht klar darüber Auskunft, ob der Fall des Art. 392, Abs. 2, der für den Schützling eine besondere Verbeiständung erheischt, sobald seine Interessen mit denen des gesetzlichen Vertreters kollidieren

1) Zentralbl. f. Staats- und Gem. Verw. Bd. 34 S. 37 ff.
2) Kaufmann: Komm. zu Art. 422 Note 3.
3) Praxis des Bundesgerichts Bd. 22 S. 271 (Blatter-Garbaccio).

und der auch das Beispiel von vertraglichen Abmachungen gemäss Art. 422, Abs. 7, in sich schliesst, im weitern keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung mehr bedürfe oder ob die beiden Bestimmungen einander in der Weise bedingen, dass die Beistandsbestellung durch die VB einerseits und die Zustimmung der AB andererseits grundsätzlich verschiedene und hintereinander folgende Requisite für den rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Mündel und Vertreter seien. Letzteres scheint richtig zu sein. Offenbar wollte der Gesetzgeber die Risiken einer solchen Situation durch eine doppelte und gestaffelte Sicherung zugunsten des Schützlings auf ein Minimum beschränken.[1]) Indessen dürfte die Annahme, dass ein interessenkollidierendes Rechtsgeschäft ohne die Mitwirkung eines Sonderbeistandes, nur durch aufsichtsbehördliches Zutun, resp. umgekehrt, nur durch Mitwirkung des Beistandes und der VB ohne Zustimmung der AB im Sinne von Art. 411 und 424 ZGB, hinfällig werde, kaum richtig sein. Warum sollte ein solches Geschäft nicht volle Rechtsgültigkeit besitzen, zumal in jenem Fall die AB von der VB über die Verhältnisse instruiert wird und es beiden nicht verboten ist, in Umgehung eines Beistandes als Kontrahenten zu fungieren? Und warum sollte umgekehrt ein vom bestellten Beistand abgeschlossenes und von der VB genehmigtes, wegen mangelnder Bekräftigung durch die AB aber angefochtenes Geschäft, ebenfalls keine Rechtskraft besitzen? Die Lösung muss dahin gehen, dass, sofern der Beistand, resp. die aufsichtsbehördliche Mitwirkung das Zustandekommen der Vereinbarung verhindert hätte, die Einrede des nichtbestellten Beistandes, resp. diejenige der fehlenden Autorisation, von seiten des verpflichteten Schützlings gehört werden soll, dass sie aber, sofern sich der gesetzliche Vertreter oder Dritte auf diesen oder jenen Einwand stützen, um sich auf billige Weise ihren Verbindlichkeiten zu entziehen, keine Beachtung finden darf. Im Uebrigen scheinen uns die zwei Bestimmungen Ordnungsvorschriften für den Gang der Verwaltung zu sein. Ist ein interessenkollidierendes Rechtsgeschäft zwischen Vormund und Mündel offensichtlich ein Vertrag, liegt also ein besonderer, von Art. 392, Abs. 2, unabhängig normierter Fall vor, so hat sich die AB mit ihm zu befassen; handelt es sich indessen um eine Angelegenheit allgemeiner Natur, im Sinne von Art. 392, Abs. 2, so bestellt die VB ohne Mitwirkung der AB einen Beistand.

§ 20. Die Veräusserung von Mündelgrundstücken.

1. Die drei den Verkauf betreffenden Normen:

Auf Grund seiner Stellung im Gesetz erscheint Art. 404 ZGB als eine Norm, die dem Absatz 1 von Art. 421 ZGB und dem die Beiratschaft betreffenden Absatz 1 von Art. 395 ZGB, parallel läuft. Bezeichnenderweise stellt Art. 404 ZGB einen Schutz des Mündels vor dem Vormund auf, der zu Beginn seines Amtes, wenn die Verhältnisse noch zu wenig abgeklärt sind, überstürzte Veräusserungen vornehmen will.[2]) Er enthält den auch für die Umwandlung von Kapitalanlagen geltenden Grundsatz, dass Verkäufe von Mündelliegenschaften nur genehmigt werden dürfen, wenn sie nach den zur Zeit der Genehmigung vorliegenden Verhältnissen im Interesse des Mündels liegen. Absatz 2 und 3 sind Verfahrungsvorschriften in Ausführung des über die Situation orientierenden Absatzes 1.

[1]) Hefti: S. 98.
[2]) Kaufmann: Komm. zu Art. 404 Note 7.

Der Begriff der Uebernahme des vormundschaftlichen Amtes ist zeitlich häufig nicht scharf umschrieben, weshalb die VB dort, wo die Grenzen der Uebernahme und Fortdauer des Amtes ineinander übergehen, eine günstige Freihandverkaufsgelegenheit ohne vorgängige, wenn nicht sogar ohne jede aufsichtsbehördliche Genehmigung ergreifen darf, zumal da Art. 422, in dem die der Zustimmung der AB unterliegenden Geschäfte abschliessend aufgezählt sind, den Verkauf von Mündelgrundstücken überhaupt nicht erwähnt. Die Behauptung, Art. 404 sei auf den Zeitraum der Uebernahme des Amtes zu beschränken, wird in der Tat auch von der Praxis zurückgewiesen.[1]) Es scheint also sinngemässer, den ganzen Art. 404 in den Dienst von Art. 421, Abs. 1, zu stellen.

Art. 395, Abs. 1 erlaubt dem Verbeirateten mit Hilfe seines Beirates, aber ohne behördliche Mitwirkung eigene Grundstücke zu veräussern. Während die ältere Praxis sich streng an den Wortlaut des Gesetzes gehalten hat, in einem Fall ein Obergericht der Anfrage eines Grundbuchverwalters, ob der Verkaufsvertrag über ein Grundstück ohne vomundschaftsbehördliches Zutun genehmigt werden könne, antwortete, die teilweise Beschränkung der Handlungsfähigkeit erheische nur die Mitwirkung des Beirates und nicht auch noch die der VB,[2]) ist die Rechtssprechung in der Folge dazu übergegangen, die Zustimmung der VB als Essentiale des Rechtsgeschäftes zu betrachten. Befördernd wirkte eine Antwort des Bundesrates auf einen Beschwerdeentscheid.[3]) Allerdings ist über diese Frage, die eine der umstrittensten im Vormundschaftsrecht ist, weder vom Bundesgericht noch von einer kantonalen, oberen Instanz grundsätzlich entschieden worden.[4]) Die Tendenz geht dahin, den vormundschaftlichen Organen jeweils nach Abwägung der Interessen diejenige Lösung zu empfehlen, die alle Beteiligten zufrieden stellt und Rechtssicherheit schafft. Zweifellos ist die vorsichtigere und dem gesetzgeberischen Willen durchaus entsprechende Lösung die, dass, wie ein schwyzerischer Regierungsratsentscheid sich ausdrückt, in einem Fall, wo keine sachlichen Einwendungen gemacht werden können, die Genehmigung durch die VB vorsorglich ausgesprochen wird. Dadurch ist die Möglichkeit einer späteren, gerichtlichen Anfechtung des Vertrages vorgebeugt. Ferner soll bei Mitwirkungsbeiratschaften die Genehmigung von Freihandverkäufen durch die AB nicht notwendig sein, wohl aber bei Verwaltungsbeiratschaften.[5])

2. Voraussetzungen und Zweck der Veräusserung.

Darunter, dass Grundstücksverkäufe nur stattfinden sollen, sofern die Interessen des Bevormundeten es erfordern, sind auch die zu wahrenden Interessen minderjähriger Nachkommen verstanden. Selbst die Interessen der Familie in engerem Sinne sind zu berücksichtigen, da aus der Unterstützungspflicht der Angehörigen ein Anspruch auf die Haltung von Ge-

[1]) Mon. Schr. bern. Verw R. Bd 31 S. 449.

[2]) Bl. f. zch Rechtssprechung Bd. 19 No. 25

[3]) SJZ Bd. 20 S. 63: Die Stelle lautet: Da jedoch in letzter Linie die Gerichte zuständig sind, diese Streitfragen zu entscheiden und sich nicht voraussagen lässt, nach welcher Richtung sich eine Gerichtspraxis bilden wird, haben die administrativen Grundbuchbehörden bei ihren Verfügungen und Entscheidungen in vorsichtiger Abwägung der Interessen diejenige Lösung zu wählen, die für alle Beteiligte die grösste Rechtssicherheit bietet. Dieser Regel gemäss hat der Bundesrat die Einholung der Zustimmung der VB zu Verträgen über dringliche Rechte an Grundstücken, die unter Mitwirkung eines Beirates abgeschlossen worden sind, gebilligt.

[4]) SJZ, Bd. 24, S. 125: (Kaufmann: Die Stellung des Beirates nach Art. 395, Abs. 1. In diesem Aufsatz lehnt er die Mitwirkung der VB ab, weil sie vom Gesetz nicht vorgeschrieben sei). Gegenteilige Entscheidungen: Bd. 24, S. 46 u. 234.

[5]) SJZ Bd. 29 S. 278.

genrecht entsteht. Ein Waisenamt geht jedoch von einer unrichtigen Auffassung aus, wenn es die Abtretung der Liegenschaft des Bevormundeten an seine Ehefrau und Kinder damit begründet, dass hierdurch im kommenden Ehescheidungsprozess die Existenz der Familie gesichert und der Schützling zugleich von seinen Verpflichtungen gegenüber der Ehefrau und den Kindern entlastet würde. Denn erstens sind die Alimentationsverbindlichkeiten gegenüber Kindern höchstpersönlicher Natur, die nicht einmal zessieren, wenn dem bevormundeten Elternteil die elterliche Gewalt entzogen wird (Art. 289 ZGB), ganz abgesehen von dem schlechten Einfluss, den die Befreiung von der Unterhaltungspflicht auf das künftige Verhalten des (strafentlassenen) Bevormundeten haben kann, und zweitens ist das Waisenamt als Administrativbehörde unzuständig, bezüglich eines noch nicht einmal anhängig gemachten Ehescheidungsprozesses und der erst durch das Urteil zu regelnden, ökonomischen Folgen, der richterlichen Tätigkeit vorzugreifen.[1]) Desgleichen ist der Verkauf eines durch den Tod des Ehemannes und Vaters in die Erbmasse gefallenen Bauerngewerbes an die Witwe von der VB nicht zuzulassen, sofern minderjährige Kinder da sind, die in absehbarer Zeit den Betrieb selber führen können, und die Möglichkeit besteht, dass die Witwe bald wieder heiratet und dass der Stiefvater dann die Kinder verdrängt; unter solchen Umständen würde die zustimmende VB einen Fehler begehen, der sie der Gefahr eines Verantwortlichkeitsprozesses aussetzen könnte.

Mündelgrundstücke können auch veräussert werden, wenn die zum Lebensunterhalt nötigen Geldmittel auf andere Art nicht beschafft werden können. Die Veräusserung zum Zwecke der Schuldentilgung ist ebenfalls zulässig.[2]) Desgleichen, wenn der Wert der Liegenschaft aller Voraussicht nach dauernd sinken wird oder wenn der Ertrag zur Verzinsung der darauf haftenden Schulden nicht hinreicht und eine erhebliche Wertsteigerung des Objektes als ausgeschlossen erscheint.[3])

Durch Erbteilungsverträge und andere vorgängige Bestimmungen über die Aufhebung einer Gemeinschaft, erfährt die Bereitwilligkeit zum Mündelgrundstückverkauf eine Begrenzung. Namentlich Art. 404 Abs. 1 ZGB findet in diesem Zusammenhang keine Anwendung. Denn die Aufhebung der Gemeinschaft und die Zuwendung der im Gesamteigentum stehenden Grundstücke hängt nicht vom Belieben des Schutzbefohlenen, bzw. seiner Vertreter ab. Aus Gründen, die den Bevormundeten nicht berühren, können die Aufhebung von Gesamteigentum, Zuteilung von Erbschaftssachen, die Art ihrer Veräusserung, sofern sich die Erben darüber nicht zu einigen imstande sind, oder die Losbildung durch den Richter verfügt werden. Zum Verkauf einer Liegenschaft aus einer Erbengemeinschaft, in der sich ein Minderjähriger befindet, muss diesem laut Art. 392 Abs. 2 ein Beistand bestellt und der Vertrag der vormundschaftsbehördlichen Zustimmung unterbreitet werden.[4]) Der Tatsache der Gebundenheit an erbteilungsvertragliche und andere prävalierende Bestimmungen vermögen also die Mündelinteressen unter gegebenen Umständen keinen Abbruch zu tun. Immerhin wird, wie wir gesehen haben, bei der Aufhebung und Zuweisung von Gesamteigentum an Liegenschaften, an denen ein Schützling inter-

[1]) Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. Bd. 35, S. 327.

[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 25, S. 68: Les autorités tutélaires ont examiné l'opportunité de la vente des immeubles et vu la situation (endettée) de la pupille ont decidé que cette vente s'imposait.

[3]) SJZ, Bd. 20, S. 10.

[4]) SJZ, Bd. 29, S. 296.

essiert ist, dafür gesorgt, dass eine entsprechende Fürsorge geboten wird und Verschleuderungen nicht vorkommen.[1])

3. Art und Verfahren der Veräusserung.[2])

Voraussetzung für den Verkauf ist die Weisung der VB. Sie soll sich vor verkaufslustigen Vormündern, die der sehr oft umständlichen Verwaltung von Liegenschaften zu entgehen suchen, namentlich im Liquidations- und Uebernahmestadium des Amtes hüten. Resultiert eine Veräusserung aus der Interessenlage, so erfolgt sie durch öffentliche Versteigerung oder ausnahmsweise aus freier Hand (Art. 404 Abs. 2 und 3). Wir halten dafür, dass, wegen der Inkonvenienzen des Verfahrens, eine ganz nach den Umständen ins Ermessen der VB zu legende Gleichstellung der beiden Entäusserungsarten wünschenswert ist, zumal Abs. 2 und 3 Sollvorschriften sind und der VB als Anleitung an die Hand gehen. Die öffentliche Versteigerung läuft nämlich in vielen Fällen dem Grundsatz: Wahrung der Mündelinteressen, zuwider. An öffentlichen Versteigerungen werden oft niedrigere Preise erzielt als bei Freihandverkäufen. Ihre Wirkung ist häufig kreditschädigend. Die von den beteiligten vormundschaftlichen Organen rogierten Steigerungsbedingungen erlauben, wenn sie einmal aufgestellt und bekannt gemacht worden sind, keine Modifikationen in dem Sinne mehr, wie die auf gegenseitiger Willenseinigung beruhenden Konditionen, über die sich die Kontrahenten bis zum Vertragsschluss, ja sogar oft bis zur Aushändigung des Kaufpreises intern verständigen. Ferner trägt die zweite Funktion der VB, nämlich die Genehmigung des Zuschlages bei der öffentlichen Versteigerung, nicht zur Förderung des Verfahrens bei. Die Tatsache, dass bei einer öffentlichen Versteigerung, gemäss Art. 404 Abs. 2, der Zuschlag erfolgte, bis zur waisenamtlichen Genehmigung aber ein Mehrangebot von Fr. 200.— einlief, worauf der freihändige Verkauf zu diesem Preis angeordnet wurde (vgl. auch Art. 232 OR), mag nicht als Einladung zur Teilnahme und zum Bieten dienen.[3]) Abgesehen davon, dass in vorliegendem Fall zwar die Mündelinteressen gewahrt worden sind und der Genehmigungsentscheid innerhalb der gesetzlichen Bedingungen im freien Ermessen der VB steht, spricht der Umstand dass nach seiner Durchführung ihm und dem vermeintlichen Käufer die Nichtgenehmigung des Zuschlages droht, nicht für dieses Verfahren. Natürlich ist es für die VB leichter, zumal, wenn der Vormund sich nicht anstrengt, einen Freihandkäufer zu finden, fürs erste eine öffentliche Versteigerung anzukündigen, unter Berechnung der Verfahrenskosten zu Lasten des Mündels, in der Hoffnung, es werde bis zur Genehmigung des Zuschlages ein Mehrangebot seitens eines Privatkäufers, der durch die Steigerungspublikation auf den möglichen Kauf aufmerksam wird und dem die VB die Liegenschaft dann zuhält, eintreffen. Im Sinne des Gesetzes liegt ein solches Verhalten aber nicht. Vielmehr wäre das ernstliche Bestreben der VB, vorgängig der öffentlichen Versteigerung nach einer Freihandverkaufsgelegenheit zu suchen, als gesetzliche Regel eher am Platz, obschon dann die Notwendigkeit an die VB herantritt, häufig als Vertragspartei zu fungieren.

Die Pflichten der AB sind allgemein die Prüfung hinsichtlich Verletzung von Gesetzesvorschriften und die Ueberwachung. Ihre Kompetenzen

[1]) vgl. auch Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. Bd. 35, S. 27.

[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 11, S. 465 ff (Aufsatz von Blumenstein: Die Stellung der VB bei der Versteigerung von Mündelgrundstücken).

[3]) SJZ, Bd. 26, S. 28.

erstrecken sich jedoch nicht darauf, die Zustimmung zu einem von der VB genehmigten Verkaufsvertrag bezüglich eines Mündelheimwesens, aus dem Grund zu verweigern, weil die Durchführung des Abkommens wahrscheinlich einen Prozess zur Folge haben wird. Denn der Entschluss, dass und ob gegebenenfalls ein Rechtsstreit einzuleiten ist, darf die AB nicht von ihrer Auffassung abbringen, umsomehr als die VB über die Prozessführung entscheidet.[1]) Hingegen kann die AB die Hingabe einer Mündelliegenschaft zum Ertrags-, statt zum Verkehrswert mit der Begründung beanstanden, dass die Voraussetzungen von Art. 620 ZGB nicht erfüllt seien, dass der Anspruch auf Abtretung zum Ertragswert vor Eintritt des Erbfalls nicht erhoben werden könne und dass die vormundschaftlichen Organe deshalb bis dahin frei über eine Abtretung zu diesem oder einem andern Preis entscheiden können.[2])

5. *Kapitel: Die vormundschaftliche Tätigkeit bei einigen anderen Rechtsgeschäften.*

Wie an vorstehenden Beispielen schon gezeigt wurde, handelt es sich auch im Folgenden um die Zustimmung zu einigen wichtigen Rechtsgeschäften, deren Abschluss der Gesetzgeber zum Schutz für das Mündelvermögen, der Kompetenz des gesetzlichen Vertreters entzogen und der behördliche Einwilligung unterworfen hat. Der Zustimmungsäusserung gehen die Prüfung auf Rechtsmässigkeit des Geschäftes, auf Wahrung der Interessen, auf Beurteilung der anzuwendenden Sorgfalt etc. voraus. Das Resultat aller dieser Vorsichtsmassnahmen ist die Erteilung der Genehmigung oder deren Verweigerung. Jene wird eventuell durch besondere Weisungen oder durch Bedingungen modifiziert.

Die Zustimmung, bzw. Verweigerung kann dem Abschluss des Geschäftes vorausgehen oder nachträglich erfolgen. In der Regel, namentlich bei privatrechtlichen Verträgen, wird sie der Sicherheit halber erst nachträglich ausgesprochen. Zur Vermeidung von Kosten und Umständen wird oft bloss in Aussicht genommenen und zukünftig abzuschliessenden Geschäften die Genehmigung erteilt. Von einem stillschweigenden Konsens kann nur die Rede sein, wenn feststeht, dass eine vormundschaftliche Behörde, wie übrigens auch der gesetzliche Vertreter, hinreichende Veranlassung und Gründe hat, von einer ausdrücklichen Zustimmung abzusehen. Fest steht allerdings, dass stillschweigende Willenserklärungen vormundschaftlicher Organe im Geschäftsverkehr weniger leicht anzunehmen sind, als unter voll handlungsfähigen Personen.[3]) Soll die Zustimmung erst nachträglich erteilt werden, sei es aus Gründen der Sicherheit oder weil ein unzuständiges Organ das Geschäft perfekt machen zu können glaubt, bleibt es für die Zwischenzeit in Schwebe. Es hinkt und besitzt so lange nur relative Gültigkeit, bis die Genehmigung, resp. Verweigerung ausgesprochen ist oder bis der Gegenkontrahent durch Fristansetzung eine Lösung herbeiführt. Mit der Genehmigung erhält das Geschäft sowohl unter den Parteien als auch Dritten gegenüber auf die Zeit des Abschlusses

[1]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 27 S. 244.
[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 21 S. 401 u. ähnlich im Bd. 32 S.126.
[3]) Hefti: S. 204.

rückwirkende Kraft. Das Resultat der Verweigerung und das Nichteinhalten der angesetzten Frist sind ebenfalls rückwirkend.

Wo die Kantone eine Teilung der AB vorgesehen haben (Art. 361, Abs. 2) und wo die erste Instanz nur begutachtende, die zweite aber beschlussfassende Kompetenz besitzt, erlangt das Geschäft erst mit Zustimmung der zweiten Gültigkeit. Sie fällt den definitiven Entscheid entweder mit Hilfe des Beschlusses und Antrages der ersten Instanz, resp. der VB, die ihrerseits vom Vormund oder auf Grund eigener Einsichtnahme Kenntnis von den Verhältnissen nimmt, oder handelt, wo die Dringlichkeit es verlangt, selbständig. In diesem, allerdings seltenen Falle tritt die VB unter Uebernahme einer grösseren Verantwortlichkeit in ein unmittelbares, bzw. nach dem Vormund unmittelbar subsidiäres Haftungsverhältnis zum Mündel.[1])

§ 21. Der Abschluss von Erb- und Verpfründungsverträgen und die Annahme, resp. Ausschlagung von Erbschaften.

1. Der Erbvertrag: Der Grund für die aufsichtsbehördliche Mitwirkung beim Abschluss von Erbverträgen dürfte kaum darin liegen, dass der Gesetzgeber den den Mündel häufig Uebervorteilungen aussetzenden Erbverzichts- und den in der Regel anwartschaftlich günstigeren Erbeinsetzungsvertrag auf ein und dieselbe Basis stellen wollte. Vielmehr ist er in der Ueberlegung zu suchen, dass eine versierte und rechtskundige Instanz allgemein die Voraussetzungen, unter denen ein Erbvertrag mit einem unter staatlichem Schutze Stehenden als Partei geschlossen wird, und die daraus resultierenden Konsequenzen, einer Prüfung unterziehen muss.

Es besteht ein grundsätzlicher Unterschied darin, ob ein Bevormundeter im Vertrag als Erblasser oder bloss, als mit ihm unter Lebenden kontrahierende Partei auftritt. Kraft ihrer Vertretungsbefugnisse, weil es sich um den Ersatz der blossen Handlungsfähigkeit laut Art. 12 ZGB handelt, ist es den vormundschaftlichen Organen erlaubt, Erbzuwendungsverträge, in denen der Schützling als eingesetzter oder mit Vermächtnissen begünstigter Erbe, ohne seinerseits Zuwendungen von Todes wegen zu machen, figuriert, oder Erbverzichtsverträge, die ihn als ausgekauften Gegenkontrahenten bezeichnen, abzuschliessen.[2]) Anders verhält es sich mit der erbvertraglich-erblasserischen Verfügungsfähigkeit eines Bevormundeten. Die Verfügung von Todes wegen ist eine Rechtshandlung höchstpersönlicher Natur. Weil das Gesetz hiefür weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Stellvertretung vorgesehen hat, muss angenommen werden, das ZGB habe den Abschluss eines Erbvertrages für einen gesetzlich vertretenen Erblasser nicht erlauben wollen. Diese Konsequenz ergibt sich einerseits daraus, dass solche, ins Belieben des Schützlings gestellte Erbverträge das Bestreben der vormundschaftlichen Aufsicht zunichte machen könnten und dass anderseits in der Verfügung durch Erbvertrag nicht zwischen höchstpersönlichen und vertretbaren Rechten unterschieden wird.

[1]) Erläuterungen u. Vorentwurf des ZGB S. 286.

[2]) Tuor: Komm. zum Erbrecht zu Art. 468 Note 12; das neue Recht: S. 253; Escher: Kommentar zu Art. 468 Note 2b; Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 22 S. 137 und Blätter für zürch. Rechtssprechung Bd. 14 No. 109.

2. Der Verpfründungsvertrag.

Der speziell für gebrechliche Bevormundete gedachte Verpfründungsvertrag wird zu denjenigen wichtigen Rechtsgeschäften gezählt, die der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Der Abs. 4 von Art. 422 ZGB dürfte als solcher keinen Anlass zu Meinungsverschiedenheiten geben; hingegen ist er für den Fall heranzuziehen, dass ein Verbeirateter, wegen des Fehlens einer analogen Bestimmung in Art. 395, sogar ohne Zuziehung des Beirates einen Verpfründungsvertrag abschliessen will. Hier kann nicht umhin auf eine Lücke im Gesetz geschlossen werden. Denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum gerade ein solch integrierendes Geschäft vom Verbeirateten selbständig, ohne jede Mitwirkung eines vormundschaftlichen Organs, abgeschlossen werden könnte. Wenn in Art. 422, Abs. 4, ZGB der Abschluss eines Verpfründungsvertrages erwähnt ist, kann im Falle der Beiratschaft eine VB zweifellos ein derartiges Abkommen einer Prüfung unterziehen. Eine VB würde sich, ohne zu dem Begehren Stellung zu nehmen, durch Herausgabe von deponiertem Geld an den Verbeirateten, der in Uebergehung seines Beirates einen Verpfründungsvertrag abschliessen will, eines Fehlers schuldig machen, der an ihrer Verantwortlichkeit nicht zweifeln liesse.[1])

3. Annahme, resp. Ausschlagung von Erbschaften.

Literatur und Rechtssprechung gehen darin nicht einig, ob der Anfall einer Erbschaft an eine unter Vormundschaft stehende Person grundsätzlich und immer der aufsichtsbehördlichen Autorisation bedürfe, oder ob eine ausdrückliche Annahme resp. Ausschlagungserklärung nur in denjenigen Fällen abzugeben sei, die eine solche erheischen.[2]) Art. 422 Abs. 5 ZGB verfolgt den Zweck, durch den Erbfall möglicherweise eintretende Vermögenseinbussen prophylaktisch zu vermeiden. Kraft ihrer Einsicht in die Rechtsverhältnisse ist die AB das gegebene Organ, um die auf solche Art drohenden Gefahren auf ein Minimum zu reduzieren.

Die Unzukömmlichkeit der absoluten Anwendung von Art. 422 Abs. 5 liegt darin, dass die Genehmigung einen Durchbruch des Erbschaftserwerbes von Gesetzes wegen bedeuten würde, dass eine Erbschaft ohne Zutun der AB überhaupt nicht an den Schutzunterstellten gelangen könnte und dass bis zur Abgabe der Annahme- oder Ausschlagserklärung eine ruhende Erbschaft vorhanden wäre. Diesen Sinn kann die Bestimmung nicht haben. Vielmehr kommt eine ausdrückliche Erklärung nur in den Fällen von Art. 566 Abs. 2, 568, 574, 575, 588, einerseits, — nachdem ein öffentliches Inventar errichtet wurde,[3]) und sich die Frage nach dem Schicksal der Erbschaft erneut stellt —, und von Art. 566 Abs. 1, 570, 593 und beim Verzicht auf den Pflichtteilanspruch andererseits, in Betracht. In Situationen, wo der gesetzliche Vertreter beispielsweise unter dem Duck des Schützlings, trotz offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Erblassers, die Erbschaft anzunehmen beabsichtigt, die VB aber vorschriftsgemäss die Sachlage prüft und einen Antrag stellt, oder wo der Vormund unter billiger Rücksichtnahme auf die Miterben mit oder ohne Zustimmung des Mündels auf den diesem zukommenden Pflichtteil ver-

[1]) SJZ Bd. 25 S. 363.
[2]) Kaufmann: Komm. zu Art. 422 Note 3; Gmür: Komm. zu Art. 422 Note 5a und SJZ Bd. 23 S. 361.
[3]) SJZ Bd. 8. S. 355.

zichten will,[1]) ist die aufsichtsbehördliche Aeusserung eine dringende Notwendigkeit. Bestreitbar ist indessen der Wert von Art. 422 Abs. 5, wenn die unteren Organe, nach eingehender Prüfung, als einzigen Ausweg die Ausschlagung der Erbschaft betrachten, hiezu aber noch die Bewilligung der AB einholen müssen, mit dem Risiko, dass infolge Verzögerungen die kurze Frist von 3 Monaten verpasst wird und der gesetzliche Erwerb seinen Fortgang nimmt. Auch dann ist die Bestimmung nutzlos, wenn die AB innert der vorgeschriebenen Frist gar nicht in die Lage kommt, sich zu äussern, sondern nur noch die Rolle des Schadenentdeckers spielt. Zweifellos wäre die VB, sofern sie etwa aus Nachlässigkeit die dreimonatige Deliberationsfrist hat verstreichen lassen und erst auf Grund der Schlussrechnung des Vertreters, nach Ablauf von 8 Monaten von der AB auf die infolge Ueberschuldung damals auszuschlagende Erbschaft aufmerksam gemacht wurde, für die Konfusion der beiden Vermögensmassen und für die aus ihrem Verhalten resultierenden Schädigungen verantwortlich.[2])

Man hat Art. 422 Abs. 5 mit den besten Absichten in das Gesetz aufgenommen. Fassung und Sinn lassen aber wie beim analogen Art. 204 ZGB Zweifel an der Zweckmässigkeit der Bestimmung aufkommen, ein Grund dafür, sein Anwendungsgebiet eher restriktiv als extensiv zu umschreiben und dem Vormund dort, wo die Erbschaft liquid ist, was in der Regel zutrifft, stillschweigend zu gestatten, dem gesetzlichen Erwerb, ohne den Behördenapparat in Bewegung zu setzen, freien Lauf zu lassen.

§ 22. Die Tätigkeit der vormundschaftlichen Organe bei Rechtsgeschäften laut Art. 177 Abs. 2 und 3, bei Ehe-, Erbteilungsverträgen und Prozessen.

1. Die Zustimmung laut Art. 177 Abs. 2 und 3 und zu Eheverträgen:

Rechtsgeschäfte im Sinne von Art. 177 Abs. 2 und 3 und während der Ehe abgeschlossene Eheverträge bedürfen der Genehmigung durch die VB. Umsomehr ist deren Mitwirkung nötig, wenn einem der Kontrahenten, sei er verheiratet oder bloss verlobt, ein gesetzlicher Vertreter zu Seite steht. Wie schon die Zustimmung des Vertreters die Verantwortlichkeit eines vormundschaftlichen Organs involvieren kann, erwachsen der VB in der Eigenschaft von Art. 177 Abs. 2 und 3 und Art. 181 Abs. 2 ZGB einerseits, — welche Bestimmungen Abspaltungen des Vormundschaftsrechtes, namentlich der alten Geschlechtsvormundschaft sind, heute aber im System des Eherechtes als unabhängige und selbständige Normen erscheinen —, und aus der kraft eigentlichem Vormundschaftsrecht resultierenden Tätigkeit, gemäss Art. 421 Abs. 9 resp. Art. 180 Abs. 2 ZGB. anderseits Pflichten, für deren Vernachlässigung sie einem engen Kreis von interesseberechtigten Personen im Sinne von Art. 426 ZGB einzustehen hat. Selbstverständlich ist aber in einer rein vormundschaftlichen Angelegenheit die Verantwortlichkeit der VB mit einem strengeren Massstab zu bewerten, als da, wo sich voll handlungsfähige Kontrahenten ge-

[1]) Egger: Komm. zu Art. 422 Abs. 5.
[2]) Blätter f. zch. Rechtssprechung Bd. 22 No. 41.

genüberstehen.[1]) In diesem Falle hat die VB nur die Pflicht, vom neuen Güterstand Kenntnis zu nehmen, wo sie es für nötig erachtet, Einblick in die gesamten Vermögensverhältnisse der Eheleute zu verlangen und durch Befragen der schwächeren Vertragspartei, in den meisten Fällen der Ehefrau, Rechenschaft darüber zu bekommen, ob die Tragweite des Ehevertrages, resp. des Rechtsgeschäftes unter den Ehegatten und zugunsten des Ehemannes erkannt wird.

Es soll in diesem Zusammenhang untersucht werden, ob auch andere, ausser den sich auf die Vertragsparteien beziehenden Interessen, die Erhebung einer Schadenersatzklage gegen die VB rechtfertigen und in welchem Verhältnis die Verletzung einer unechten, aus Art. 177 Abs. 2 und 3 und aus Art. 181 Abs. 2 ZGB hervorgehenden Pflicht der VB zum Mass der Diligenz bei der echten vormundschaftlichen Tätigkeit steht.

a) Kindesinteressen:

Zweifellos sind auch die Interessen der Kinder der Ehegatten wahrzunehmen. Allerdings kommt im Fall von Art. 177 Kindesvermögen nicht in Betracht, und bei einzelnen Eheverträgen steht den Kindern, wenn sie in ihrem Pflichtteil verletzt sind, die Herabsetzungsklage nach Art. 326 ZGB zur Verfügung. Ist die Verletzung aber zum voraus offenbar, soll eine behördliche Einmischung vorbeugend stattfinden. Einem Ehemann, der ehevertraglich seinen Verzicht auf den Vorschlag damit begründet, dass er seinen Kindern erster Ehe, die seiner geschiedenen Ehefrau zugesprochen wurden, von jedem Anteil auszuschliessen beabsichtige, ist die Genehmigung zu versagen.[2]) Wenn er hingegen glaubwürdig dartut, dass er die Güterverbindung unter gleichzeitiger Zuwendung jeglichen Vorschlages nur aus dem Grunde seiner zweiten Ehefrau zuhalten will, weil sie die Kosten des Haushaltes vollständig bestreitet, und die Erwerbsverhältnisse nicht derart sind, dass das berufliche Einkommen des Ehemannes unverhältnismässig grösser ist als der Aufwand der Frau am Haushalt, so ist es als Missgriff zu erachten, wenn die VB darum diesen Vertrag nicht genehmigt, weil die Interessen der Kinder aus erster Ehe des Mannes nicht gewahrt seien. Die Genehmigung zu verweigern, rechtfertigt sich in diesem Fall aus dem Gesetze nicht.

Anders verhält es sich, wenn einem der Ehegatten oder beiden ein gesetzlicher Vertreter zur Seite steht und die VB im Sinne von Art. 421 Abs. 9 ZGB als Zustimmungsinstanz, den Ehevertrag, der die Kinderinteressen berührt, zu beurteilen hat. In der oben erwähnten Situation dürfte unseres Erachtens die Genehmigung nicht erteilt werden. Denn es gehört zu einer sorgfältigen Verwaltung, auch die Interessen der Familienangehörigen eines unter staatlichem Schutze Stehenden, die als Rechtsnachfolger die vormundschaftlichen Organe ebenfalls ins Recht fassen können, wahrzunehmen, oder wenigstens zu verhindern, dass zwischen den einzelnen Familiengliedern Streit entsteht.

b) Interessen der Gläubiger.

Hat die VB auch die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen? Wenn es sich um die Genehmigung von Eheverträgen, bei denen die Kontrahenten urteilsfähig und mündig sind, handelt, können jene nicht verletzt

[1]) Gmür: Komm. zu Art. 177 Note 6 u. 9 u. zu Art. 181 Note 4.
[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 27 S. 18.

werden. Denn laut Art. 188, resp. 179, Abs. 3, ZGB darf durch güterrechtliche Auseinandersetzung oder durch Wechsel des Güterstandes ein Vermögen, aus dem bis anhin die Gläubiger eines Ehegatten oder der Gemeinschaft Befriedigung erlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden. Aus der Genehmigung eines Ehevertrages vermag somit für Gläubiger kein Schaden zu entstehen. Natürlich soll schon die VB, wenn durch das Geschäft die Rechte Dritter in erkennbarer Weise wider Treu und Glauben verletzt werden, die Zustimmung nicht erteilen. Dies gilt auch für Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, die das eingebrachte Gut der Gütergemeinschaft betreffen, und für Verträge der Ehefrau mit Drittpersonen, namentlich bei Bürgschaften und Schuldübernahme zu Gunsten des Mannes, selbst wenn sie bloss die Absicht, den Vorteil dem Manne zuzuhalten, erraten lassen. Ansprüche der Gläubiger können beispielsweise dadurch in missbräuchlicher und nicht einwandfreier Weise berührt sein, dass die Interzessionsverpflichtung der Ehefrau zugunsten ihres Mannes zuerst von der VB bewilligt, später aber auf Betreiben der Frau, wegen eines geltend gemachten Irrtums, wieder aufgehoben wird.[1]) Es würde zu einem für die Gläubiger unerträglichen Zustand der Rechtsunsicherheit führen, wenn die VB ihren die Gültigkeit des privaten Rechtsgeschäftes sanktionierenden Beschluss einzig auf die Fürsprache der Ehefrau aufheben dürfte.

Auch sofern ein Ehegatte entmündigt und die VB im Verein mit dem gesetzlichen Vertreter in eigentlich vormundschaftlicher Tätigkeit ist, können die Gläubiger weder des einen noch des andern Ehegatten sich auf die der Behörde zukommenden Sorgfaltspflichten berufen. Die vormundschaftlichen Organe handeln einzig und allein für die Interessen des Schützlings und eventuell für die seiner engeren Familie. Wenn also die Gläubiger durch den Akt eines Organs geschädigt zu sein vorgeben, haben sie sich auf die Art. 41 ff. OR zu stützen, d. h. sofern es sich um die Mitglieder der Behörden handelt, auf die kantonalen Verantwortlichkeitsnormen für Beamte.

Oft erfüllen Rechtsgeschäfte von Art. 177, Abs. 2 und 3, die Voraussetzungen, welche zur Erhebung der betreibungsrechtlichen Anfechtungsklage führen. Obschon in dieser aber der Tatbestand eines Konkursdeliktes liegen kann, ist die VB den Gläubigern nicht darum verantwortlich, weil sie solche Geschäfte anfechten können, sofern jene nicht in einer Treu und Glauben verletzenden Weise gehandelt hat.

c) Interessen des Ehemannes.

Namentlich bei den Eheverträgen laut Art. 181 Abs. 2 ZGB müssen auch die Interessen des Ehemannes von der VB wahrgenommen werden. Der aargauische Regierungsrat bezeichnet deren Aufgabe, zu prüfen, ob durch den Vertrag nicht ein Ehegatte offensichtlich benachteiligt oder übervorteilt werde, was am besten durch persönliche Einvernahme der Ehegatten vor der Behörde in Erfahrung zu bringen sei.[2]) Natürlich muss Wahrung der ehemännlichen Interessen durch die vormundschaftlichen Organe, die in dem Fall mehr als in jenem die strengen Diligenzpflichten zu beobachten haben und aus deren Vernachlässigung auch Schadenersatzprozesse auf Grund von Art. 426 ff. ZGB entstehen können, intensiver sein, wenn dem Ehemann ein gesetzlicher Vertreter zur Seite steht.

[1]) vgl. BE. 62 II 261 ff.
[2]) Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. Bd. 27 S. 61.

Ein Entscheid älteren Datums sagt von Art. 177 Abs. 2 und 3 ZGB, die Bestimmung solle verhindern, dass die Interessen der Frau durch Machenschaften des Mannes und umgekehrt diejenigen des Mannes durch solche der Frau verletzt werden.[1]) Das steht im Widerspruch zum Wortlaut der Norm, die nur von Verpflichtung der Ehefrau und ihres Vermögens zugunsten des Mannes spricht. Wenn der Schutz gleicherweise beiden Ehegatten zugute käme, müsste auch vom eingebrachten Gut des Ehemannes und von Verflichtungen zugunsten der Ehefrau die Rede sein. Unseres Wissens haben die Gerichte Rechtsgeschäfte, aus denen der Ehemann rechtswidrige Interessenverletzung geltend machte, noch nie zu beurteilen gehabt. In der Tat wäre es ein Maximum an Ungeschicklichkeit, wenn sich der Ehemann wegen der für ihn nur günstigen Norm auf die Ungültigkeit von Interzessionsgeschäften berufen wollte oder gar gegen die VB den Vorwurf der Unsorgfältigkeit erheben würde. Für ihr Verhalten wäre die VB nur dann zur Rechenschaft zu ziehen, wenn die Umstände darauf schliessen liessen, dass der Ehemann Misswirtschaft treibe. Bekanntlich ist nämlich die VB aus der Nichteinleitung des Entmündigungsverfahrens in solchen Fällen nach den Regeln der kantonalen Beamtenverantwortlichkeit haftbar.

Steht dem Ehemann, der ein Rechtsgeschäft bezüglich des eingebrachten Gutes der Ehefrau mit ihr abschliesst oder zu dessen Gunsten die Ehefrau Verpflichtungen Dritten gegenüber eingeht, ein gesetzlicher Vertreter zur Seite, so hat unter Umständen die gleiche VB die Interessen beider Ehegatten wahrzunehmen. Schwerlich wird der Ehemann in diesem Zusammenhang die vormundschaftlichen Organe einer unlauteren Gesinnung, wenn nicht gar einer Fahrlässigkeit bezichtigen können, obschon der Grad der ihm gegenüber zu beobachtenden Diligenz eher grösser sein dürfte, als diejenige der nämlichen VB gegenüber der Ehefrau. Die Wahrung der staatlicher Obhut anvertrauten Mannesinteressen dürfte auch hier bloss sekundärer Natur sein.

2. Die Zustimmung zu Erbteilungsverträgen und Prozessen.

Wiederum ist das Interesse des Schützlings das einzige Kriterium, das für die Gewährung oder Verweigerung der Zustimmung zum Erbteilungsvertrag massgebend sein darf. Wenn die Gläubiger des Bevormundeten, z. B. die Rechtsnachfolger des von diesem getöteten Polizisten, auf Grund ihrer Vorstellungen weitgehender als in der Vereinbarung berücksichtigt werden sollen, so ist die Verweigerung der Genehmigung aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt. Denn die Gläubiger besitzen, sofern der Erbteil des Schützlings von ihnen weder erworben noch gepfändet wurde, noch Verlustscheine gegen ihn bestehen, keinen Rechtstitel, um sich in die Teilung einzumischen. Auf jeden Fall soll die VB ihren Entscheid auf eigenen, nicht auf fremden Erwägungen aufbauen. Selbstverständlich darf auch eine durch das Abkommen eintretende Verminderung des Steuervermögens für die Beschlussfassung der VB nicht mitbestimmend sein.

Handelt es sich um ein einheitlich zu bewirtschaftendes, bäuerliches Grundstück, sollen Vormund und VB im Teilungsprojekt darnach trachten, es einem geeigneten Erben zum Ertragswert zuzuhalten. Ist der Uebernehmer nicht der Schutzbefohlene und wird, ausser der Abfindungssumme, für dessen Wohlergehen nicht weiter gesorgt, so sind die Organe dazu verhalten, ihm beispielsweise durch Einräumung eines Wohnrechtes,

[1]) SJZ Bd. 11 S. 334.

einer Nutzniessung oder einer andern, am Grundstück zu seinen Gunsten lautenden Dienstbarkeit Sorge zu tragen.[1]) Ergibt sich aus den Umständen nur die Vornahme der Erbteilung, so können natürlich schon vor der Genehmigung, aber unter Anwendung aller Sorgfalt und Vorsicht Erbschaftssachen zugewiesen werden. Beanstandet die VB aber nachträglich den Vertrag, so hat der verantwortliche Vertreter den aus seinem Verhalten entspringenden Schaden zu ersetzen.[2])

Die Zustimmung zur Führung von Prozessen hängt davon ab, ob die VB in ihrer kontrollierenden, prüfenden und beaufsichtigenden Tätigkeit den Eintritt in einen Rechtsstreit als gegeben betrachtet. Sie erstreckt sich auf den Abschluss gerichtlicher und aussergerichtlicher Vergleiche und auf jede Führung eines im Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit liegenden Prozesses, indem der Schützling, sei es als Kläger, sei es als Beklagter auftritt. Nicht erforderlich ist die Einwilligung zur Erteilung einer Prozessvollmacht an einen Rechtsbeistand und die Ergreifung von Rechtsmitteln, sofern um eine allgemeine Prozessermächtigung bei der VB nachgekommen wurde.[3])

Von der Zustimmung, zum mindesten von der vorgängigen Einwilligung sind die vorläufigen Verfügungen des Vormundes in dringenden Fällen ausgenommen, z. B. wo es sich, wie in schuldbetreibungsrechtlichen Fällen um die Beobachtung kurzer Verwirklichungsfristen handelt. Erwirkung von Zahlungsbefehlen und Anhebung von Betreibungen nimmt der gesetzliche Vertreter selbständig vor. Unterlässt er es, die rückständigen Unterhaltsbeiträge zugunsten seines Schützlings einzutreiben, so wird er dafür ersatzpflichtig. Dasselbe gilt bezüglich einer VB, die es übernommen hat, die Alimentationsansprüche gegenüber dem ausserehelichen Vater des Mündels zu realisieren und die es zudem unterlässt, die überschüssigen Alimente zu kapitalisieren.

Die Einreichung des Scheidungsbegehrens oder des Begehrens um Anfechtung der Ehelichkeit, die als höchst persönliche Rechte grundsätzlich und ausschliesslich dem Ermessen des Schutzbefohlenen anheimgestellt sind, müssen, sofern dieser in der Zwischenzeit völlig und dauernd urteilsunfähig geworden ist, dem alle rechtlichen Angelegenheiten besorgenden gesetzlichen Vertreter vorbehalten werden. Es wäre eine dem Zweck der Vormundschaft widersprechende Ansicht, wenn die Rechte einer solchen, unter staatlicher Obhut stehenden Person nicht geltend gemacht werden könnten, die aller Voraussicht nach eine urteilsfähige Person selbst erheben würde. Nicht abgeklärt ist die Kompetenzausscheidung zwischen Vormund und VB. Jedenfalls hat diese das Recht jenem hinsichtlich der Einreichung oder Unterlassung des Scheidungsbegehrens, dessen Formulierung und Inhalt Weisungen zu erteilen.[4])

[1]) Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverw. Bd. 34 S. 648.

[2]) ZbJ Bd. 69 S. 27.

[3]) vgl z. B. Praxis des Bundesgerichtes Bd. 21 S. 507.

[4]) Egger: Komm. zu Art. 19 Note 10 spricht dem gesetzlichen Vertreter eines Urteilsunfähigen die Legitimation zur Erhebung der Scheidungsklage und derjenigen auf Anfechtung der Ehelichkeit ab im Gegensatz zu Rossel und Mentha, Te. 1. S. 251; vgl. auch ZJB Bd. 66 S. 514.

6. Kapitel: Ablage und Prüfung der Vermögensberichte.

§ 23. Grundsätze der periodischen Rechnungsstellung.

Der Vormund ist verpflichtet, auf Grund seiner Aufzeichnungen Rechnung zu führen und abzulegen. Zweck dieser Pflicht ist die Orientierung der vormundschaftlichen Behörden über den Stand des Mündelvermögens und die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters, aus der Ueberlegung, dass auf diese Weise Unregelmässigkeiten in der Amtsführung aufgedeckt und verhütet werden können.[1]) Die Pflicht, Rechnung zu stellen, ist gegen einen renitenten Vertreter auf dem Aufsichtsweg erzwingbar, nötigenfalls auf dem eines Prozesses.

Voraussetzung zur Abnahme ist ein sorgfältig und detailliert geführter Vermögensbericht.

Welchem Rechnungssystem der Vorzug zu geben ist, hat die kantonale Gesetzgebung trotz der ihr in Art. 425, Abs. 2, ZGB eingeräumten Kompetenz nicht bestimmt.[2]) In der Tat ergibt sich die Art der Rechnungsführung und Rechnungsstellung aus der Beschaffenheit des einzelnen vormundschaftlichen Amtes. Oft sind nämlich neben Wertpapieren, Forderungen, Fahrhabe etc. auch Liegenschaften, Beteiligungen an Geschäftsbetrieben und andere die Rechnungsführung komplizierende Werte vorhanden. Prinzipiell steht soviel fest: Die wo möglich auf Grund eines vom Vormund chronologisch geführten Kassabuches erstellte Rechnung muss das Anfangsinventar oder die letzte, vor zwei Jahren — der gesetzlichen Maximalperiode zwischen zwei Rechnungen — aufgestellte Rechnung als Basis haben. Sie muss über Veränderungen des Vermögens in Stand und Anlage, Einnahmen und Ausgaben ausführlich und übersichtlich Aufschluss geben und soll sowohl an sich richtig sein als auch mit dem tatsächlichen Stand des Vermögens übereinstimmen. Die Zusammenfassung kann unter Verwendung der Titel: 1. Feststellung des Rechnungsergebnisses, 2. Feststellung des Vermögens, 3. Vermögensausweis, erfolgen. Für die Kindervermögensberichte nach Art. 291 ZGB gilt das Gleiche.

Wo es sich um einfache Fälle handelt, werden die von den Vormundschaftsbehörden abgegebenen Formulare zur Rechnungsablage genügen. Eine Pflicht zu deren Verwendung besteht in der Regel nicht. Neben den Formularen, denen das Kameralsystem als Grundlage dient, beherzigen die meisten Kantone noch das kaufmännische Kassenrechnungssystem. Die Tendenz geht dahin, eine Kombination beider Systeme zu erreichen, weil besonders das rein durchgeführte Kameralsystem Mängel aufweist. An ihm gibt hauptsächlich der Umstand zu Kritik Anlass, dass es den Uebertrag aus der vorhergenhenden Rechnung, d. h. den damals vorhandenen Vermögensbestand als Einnahme behandelt, obschon er nicht diesen Charakter besitzt; ferner, dass die Einstellung des Uebertrages im Zusammenhang der Einnahmen leicht zu Unklarheiten und zu Rechnungsfehlern verleiten kann. Darüber nämlich, ob als Uebertrag der Betrag der Aktiven oder nur der Ueberschuss der Aktiven (nach Abzug der Passiven)

[1]) Die Notwendigkeit zur genauen Information der Behörden durch die Rechnungen erhellt daraus, dass z. B. in Zürich im Jahre 1934 Fr. 53725891.—, in Bern ohne die bürgerlichen VB Fr. 9509000.— unter vormundschaftlicher Obhut standen und die Schwankungen von Jahr zu Jahr registriert werden müssen.

[2]) Hefti: S. 223—24.

[3]) Eingehendere Ordnungen besitzen Baselstadt, EG § 103 108 und Luzern: Verordnung betr. Rechnungsführung und Rechnungsstellung vom 13. Jan. 1912.

zu rechnen ist, befinden sich Rechnungssteller resp. -abnehmer oft im Ungewissen. Es ist vorgekommen, dass der Rechnungspflichtige sich über die Abzahlung noch aus der letzten Rechnungsperiode datierender Passiva dank den Nachteilen des Kameralsystems ausschweigen könnte und den prüfenden Beamten zu täuschen vermochte. Das Kameralsystem hat sich bewährt bei Liquidationsrechnungen in Nachlassfällen, wo der Beweis der Aktiven den Erben gegenüber besonders wichtig ist. Weniger häufig ist die Abrechnung nach dem Kassenrechnungssystem, bei dem der gesamte Barverkehr und am Schluss das Barvermögen auszuweisen ist.[1]) In einzelnen Fällen erfolgt die Rechnungsführung und -ablegung ganz nach kaufmännischer Art, d. h., wenn das in Obhut befindliche Mündelgeschäft oder -gewerbe nach Verlust und Gewinn und nach einer Bilanz überprüft wird.

§ 24. Die Bedeutung der Schlussrechnung.

Mit dem aus verschiedenen Gründen zu Ende gehenden vormundschaftlichen Amt, — insbesondere gehört dazu auch das Motiv der Zahlungsunfähigkeit des Vormundes, welcher Tatbestand nicht erst mit fruchtloser Pfändung oder mit dem Konkurs, sondern schon bei blossem Verdacht, dass das Mündelvermögen Schaden leide, erfüllt ist[2]) — muss eine Schlussrechnung eingereicht werden. Bezüglich Form und Inhalt gilt für sie das Gleiche wie für die periodische Vermögensberichterstattung. Sie stützt sich auf das zu Beginn der Vormundschaft errichtete Inventar oder auf die genehmigte, vorhergehende Rechnung und ist, wie diese, nötigenfalls mit den Belegen einzureichen. Die VB spricht die Genehmigung oder Verweigerung aus und stellt dem Schützling ein Exemplar zu.

Anlass zu Meinungsverschiedenheiten, besonders im Zusammenhang mit der Schlussrechnung, haben die Belege gegeben. Zweifellos gehören sie in das Eigentum des Mündels.[3]) Auf Grund der Normierung der ZGB brauchen sie ihm jedoch nicht auf sein erstes Verlangen herausgegeben zu werden. Sofern er urteilsfähig und 16jährig ist, zieht ihn ja der gesetzliche Vertreter zur Rechnungsablegung zu und er bekommt Einsicht in seine Vermögensverhältnisse (Art. 413, Abs. 3). Wie könnte der gesetzliche Vertreter sich einem Begehren aus Art. 426 ZGB gegenüber wirksam zur Wehr setzen, wenn ihm die Beweismittel zu seiner Verteidigung entzogen wären? In zweifelhaften Fällen braucht er die Belege an seinen ehemaligen Schützling erst dann herauszugeben, wenn die Gefahr einer Schadenersatzklage gebannt ist, es sei denn der Grund der Verantwortlichkeit sei offenbar und die vormundschaftlichen Behörden verlangen die Herausgabe der Schriften zwecks Erhebung des Klagebegehrens.

Ordnungsgemäss sollte die mit Ende des vormundschaftlichen Amtes zusammenfallende Schlussrechnung auf diesen Tag, samt Bereitstellung des Vermögens zur Uebergabe, abgeschlossen und erstattet werden. Praktisch ist das in den meisten Fällen möglich, weshalb die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB die Präsentation der Rechnung, abgeschlossen auf den Tag der Beendigung des Amtes, innert zwei bis zwölf Wochen nachher an die VB vorschreiben. Vermögenshandlungen, die nach Rech-

[1]) Zentralbl. f. Staat- u. Gemeindeverw. Bd. 36 S. 210 u. 395.
[2]) „ „ „ „ „ „ Bd. 34 S. 365.
[3]) SJZ Bd. 24 S. 118.

nungsschluss ausgeführt werden, haben weder die VB noch die AB zu überprüfen und zu genehmigen.[1]) Der gewesene Vormund ist für sie gemäss den obligationenrechtlichen Regeln über die Geschäftsführung und nicht nach dem speziellen, vormundschaftlichen Normen verantwortlich.

§ 25. Die Prüfung der Rechnungen.

In Anwendung der Art. 423 und 452 ZGB passieren sowohl die Schluss- als auch die periodischen Rechnungen eine eingehende und strenge Kontrolle, die gewöhnlich durch eine aus der VB ausgeschiedene Rechnungskommission oder, in Gegenden mit besonders zahlreichen Vormundschaftsfällen, durch ein besonderes Revisorat für Berichte und Rechnungen besorgt wird.[2]) Lassen sich die Rechnungskommissäre bei der Passation Unregelmässigkeiten zuschulden kommen, so sind vorsichtigerweise, so lange nicht feststeht, wer mitschuldig ist, alle Mitglieder der VB und nicht nur diejenigen der Kommission einzuklagen.[3]) Denn der VB als solcher obliegt die Pflicht, zu den durch die Kommission vorläufig bereinigten Vermögensberichten Stellung zu nehmen.

Zur Kontrolle gehört ausser einer Prüfung der Einnahmen und Ausgaben, der Saldi, Belege etc. die Kassenprobe. In Anbetracht dessen, dass durchschnittlich ein Drittel aller Rechnungen Anlass zu Beanstandungen gibt, sind die Bestimmungen über deren Ergänzung und Berichtigung, die Vornahme angezeigter Massregeln und die event. Verhängung von Bussen bis zu Fr. 100 gerechtfertigt. Bleiben Posten in der Rechnung bestritten, z. B. in der Weise, dass sich der Vormund weigert, eine Richtigstellung vorzunehmen, so können sowohl die VB als auch der Mündel ihr Recht vermittelst einer Zivilklage erstreiten. Bloss auf dem Aufsichts- und Verwaltungsweg vermag die VB jedoch in einem solchen Falle ihre Ansicht nicht durchzusetzen. Dafür steht beiden aber noch die Verantwortlichkeitsklage, als Mittel für jede Art Verfehlung Sühne zu verlangen, zur Verfügung. Dieser doppelte Schutz verhindert das Passieren von nicht wahrheitsgetreuen Angaben in den Rechnungen. Es kommt vor, dass streitsüchtige Schutzbefohlene Verantwortlichkeitsklagen wegen angeblich ungerechtfertigten Ausgaben und Zahlungen des Vertreters erheben. Meistens brechen aber solche Begehren schon im Prüfungsstadium zusammen, da auf Grund der Rechnungsmanuale der Beweis erbracht werden kann, dass bei der Annahme der Vermögensberichte für alle in Frage gezogenen Posten die Belege vorhanden waren.

Anlass zu Beschwerden und Meinungsdifferenzen gibt sehr oft die den gesetzlichen Vertretern für ihre Tätigkeit zugesprochene Entschädigung, die in der Rechnung figuriert (Art. 416 ZGB). Grundsätzlich fällt die Festsetzung des Vogtlohnes ins Ermessen der VB. Stellt der Vertreter seine Ansprüche selbst in die Rechnung ein, so ist die VB bei Ueberforderungen zur Stellungnahme verpflichtet. Im Uebrigen kann sie sich darüber aus-

[1]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 18 S. 190.

[2]) Für ein Verschulden der Revisoren, die von der VB oder AB angestellte Personen sind, haften die vormundschaftlichen Behörden nur insoweit, als sie selbst ein Verschulden bei der Ueberwachung, Instruktion und Auswahl trifft.

[3]) Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverw. Bd. 34 S. 37 ff.: Der Kläger machte den grossen Fehler, nur die Rechnungskommission und nicht die ganze, schuldige VB einzuklagen; denn unter diesen Umständen konnte der Richter nur die Mitglieder der Kommission zur Leistung von Schadenersatz verurteilen.

sprechen, da sie die Verhältnisse auch kennt und die Tätigkeit des Vormundes einigermassen überblickt. Die Gesichtspunkte, unter denen der Vogtlohn bemessen wird, sind einerseits die aufgewendeten Mühen und Kosten und andererseits der Vermögensertrag des Schützlings. Dies gilt auch für eventuelle, nach Erstattung der Schlussrechnung geleistete Arbeiten. Die VB soll auf sie Rücksicht nehmen und sie womöglich zur Zeit des Passation in die Rechnung einstellen. Eine besondere Bewertung solcher Umtriebe ist indessen nicht gerechtfertigt.

Die Entschädigung soll in der Regel nicht mehr als 5% der reinen Einkünfte des Mündelvermögens betragen. Für schwierige Vermögensliquidationen oder mühsame Fürsorge für die Person des Schützlings kann die Belohnung den Umständen in jeder Rechnungsperiode angepasst werden. Aus der Tatsache, dass die Entschädigung dem Vermögen des Bevormundeten entnommen wird, könnte bei Mittellosigkeit des Mündels der Schluss gezogen werden, eine Vergütung komme in Wegfall. Das ist unrichtig. Der gesetzliche Vertreter besitzt gleichwohl einen Lohnanspruch. Er wird in diesem Fall vom Mündel geschuldet. Eine Bestimmung, dass die VB die Entschädigung aus ihrer Amtskasse oder ihrem freien Kredit zu bezahlen habe, besteht nicht, so wünschbar das oft auch wäre. Sie kann deshalb auch nicht zur Ausrichtung einer durch die AB auf Beschwerde hin festgesetzten Vergütung verpflichtet werden.[1])

Eine weitere Vorsichtsmassnahme zur Vermeidung von Unregelmässigkeiten in den Rechnungen, ist die ins Belieben der Kantone gestellte Nachprüfung durch die AB. Diese Funktion übt meistenorts die unterinstanzliche AB unter Abzug einer Staatsgebühr aus. Dadurch wird auch ihre Verantwortlichkeit involviert, in der Weise, dass sie den Antrag der VB um Passation mit der ihr obliegenden Sorgfalt prüft, genehmigt oder ihre Verweigerung ausspricht mit dem Hinweis auf richtig zu stellende Mängel.

Eine Abnahme der Rechnung mit materiellrechtlicher Wirkung, in dem Sinne, dass sie eine für den Vormund, Beistand oder Beirat verbindliche Entlastung enthält, vermögen die vormundschaftlichen Behörden nicht zu geben. Sie können dem Vormund mithin auch keine Quittung erteilen.[2]) In einem Verantwortlichkeitsprozess steht die passierte Rechnung unter der Vermutung der Richtigkeit. Die Rechnung besitzt so lange den Schein der Unantastbarkeit, bis auf Grund von Tatsachen deren Unrichtigkeit erbracht ist. Aus Nichtbeachtung der Ordnungsvorschrift, den urteilsfähigen Mündel bei Aufstellung der Rechnung heranzuziehen, resultiert deren Ungültigkeit auf keinen Fall; ebensowenig wie die häufig in der Schlussrechnung geäusserte Richtigbefunderklärung des Mündels die vormundschaftlichen Organe von ihrer Verantwortlichkeit befreit.

Mit Genehmigung der Schlussrechnung erteilt die VB dem Vormund bis zu dem Zeitpunkt, wo sie zu seinen Funktionen Stellung zu nehmen hat, Decharge und entlässt ihn endgültig aus seinem Amt, sofern er gleichzeitig das Mündelvermögen zur Uebernahme bereit gestellt hat. Diese Voraussetzung kann ein weiterer Grund zu Verantwortlichkeitsbegehren sein. Jedenfalls müssen die bei Uebergabe mitwirkenden Organe mit aller Sorgfalt darauf achten, dass die vom Empfänger des Vermögens ausgestellte Bescheinigung oder der bezügliche Vermerk auf der Schlussrechnung mit Art und Quantität des übertragenen Besitzes übereinstimmt. Handelt es sich um die Herausgabe eines Mündelnachlasses an handlungsfähige Er-

[1]) SJZ Bd. 28 S. 329.
[2]) Hefti: S. 227.

ben, so ist die Aufgabe des gewesenen gesetzlichen Vertreters mit den oben beschriebenen Obliegenheiten erfüllt. Vornehmlich braucht er sich nicht mehr um das Schicksal des Nachlasses, selbst wenn sich darin beispielsweise Rechte seines ehemaligen Schützlings an einer nicht liquidierten Erbschaft befinden, zu bekümmern, es sei denn die Erbengemeinschaft ernenne ihn oder die VB einstimmig zum Liquidator oder die vormundschaftliche Erbschaftsverwaltung ergebe sich aus Art. 554 Abs. 3 ZGB.[1] Stirbt eine bevormundete Person unter Hinterlassung eines nachrichtenlos abwesenden, nahen Erben, so würden die beteiligten vormundschaftlichen Organe diesem, bei seinem Erscheinen für den Schaden einstehen müssen, der aus einer vorzeitigen Auslieferung der Erbschaft an die übrigen, bekannten Erben entsteht.[2] Schliesslich kann sich auch daraus die Ersatzpflicht einer VB ergeben, dass sie als Verwalterin einer unverteilten, aber vom Betreibungsamt verarrestierten Mündelerbschaft einem Erben seinen Teil am Nachlass anstandslos ausbezahlt.

Mit der Uebergabe der Entlastungsurkunde verbinden sich die Zustellung eines Schlussrechnungsexemplars, die Anzeige über das Ende des Amtes an den Schützling, dessen neuen Vertreter oder Erben und der Hinweis auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeit, deren Verjährung mit Eintritt dieses Zeitpunktes zu laufen beginnt. Wird der Schlussrechnung nicht zugestimmt, so erfolgt keine förmliche und endgültige, wohl oft aber eine Entlassung im Sinne von Art. 445 ff. ZGB. In solchen Fällen soll die Verweigerung der Zustimmung gleichwohl mitgeteilt und der Zeitpunkt, wo die Vertretungsmacht des Vormundes endgültig aufhört, fixiert werden.[3]

Art und Zweck der die vormundschaftlichen Rechnungen betreffenden Massnahmen gelten auch für die Vermögensberichte der Beistände und Beiräte, insbesondere gehört auch eine allfällig vorgesehene Passation durch die AB dazu.[4]

[1]) SJZ Bd. 16 S. 271.
[2]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 18 S. 77.
[3]) Kaufmann: Komm. zu Art. 453 Note 14.
[4]) Mon. Schr. bern. Verw. R. Bd. 24 S. 452.

3. Abschnitt: Inhalt der vormundschaftlichen Verantwortlichkeit

1. Kapitel: Geltendmachung der Verantwortlichkeit und Klageberechtigung.

§ 26. Allgemeines.

Dass die Klage aus der Verantwortlichkeit nicht von einer vorgängigen Prüfung durch eine oberinstanzliche Behörde abhängig gemacht werden darf, ist eine der wichtigsten Neuerungen im Vormundschaftsrecht (Art. 430 Abs. 2 ZGB). Mit dem Fall dieser «Biedermeierinstitution»,[1]) der Anerkennung, dass ein Schadenersatzbegehren ohne jede Formalität auf dem ordentlichen, zivilprozessualen Weg anhängig gemacht werden kann, ist eine Abstandnahme vom kantonalen Beamtenrecht und eine Annäherung an das reine Privatrecht vollzogen. Die Norm soll natürlich die Administrativbehörden nicht davon abhalten, Pflichtverletzungen, die zu Schädigungen des Mündelvermögens führen und auf die die Funktionäre durch eigene Nachforschungen oder durch Beschwerden aufmerksam werden, zu untersuchen; vielmehr ist es gerade die Obliegenheit der vormundschaftlichen Organe zum rechten zu sehen und selbst gegen die subordinierten Instanzen mit der Verantwortlichkeitsklage vorzugehen. Der geschädigte Mündel soll als Kläger bloss unabhängig und ohne vorgängige Feststellung der Ersatzpflicht, nach Beendigung der Vormundschaft, aber innerhalb der Verjährungsfrist, die mit Zustellung der Schlussrechnung zu laufen beginnt, den Prozessweg beschreiten können. Die absichtliche Verschleppung durch eine Prüfungsbehörde darf nicht der Grund der Verwirkung des Klagerechtes infolge Zeitablaufs sein.

Wer aus Art. 426 klageberechtigt ist, steht nicht eindeutig fest. Kraft ihrer Vertretungsmacht besitzen das Klagerecht natürlich die vormundschaftlichen Organe. Dies vor allem während der Dauer der Vormundschaft, also beispielsweise auch gegen einen Vetreter, dessen periodische Rechnungen (nicht aber die Schlussabrechnung) seit Jahren genehmigt sind. Ferner besitzen der Mündel und seine Rechtsnachfolger nach Ende des vormundschaftlichen Verhältnisses das Klagerecht. Mit der Erwähnung dieser beiden Kategorien von Aktivlegitimierten begnügen sich die meisten Kommentatoren.[2]) Wir haben aber gesehen, dass der Kreis der durch vormundschaftliche Funktionen beeinträchtigten Personen nicht nur den Mündel und seine Rechtsnachfolger umfasst, sondern auch die Ehefrau aus Art. 177 ZGB und die Kinder aus Art. 291 ZGB, zu deren Interessenschutz die VB, trotz der Ausübung der elterlichen Gewalt durch den einen Ehegatten verpflichtet ist, in sich schliessen kann. Zweifellos besitzen sie auch das Klagerecht gegen die VB, wenn auch, wie erwähnt, an die Sorgfalt aus Art. 177 und 291 ZGB ein milderer Masstab als an die-

[1]) vgl. Lüscher: S. 119.

[2]) Huber: Erläuterungen z. Vorentw. eines ZGB, 2. Aufl. S. 312: Wer zur Klage aktiv legitimiert ist, sagt das Gesetz nicht, weil es nicht nötig ist; und Lüscher S. 120: Die Klageberechtigung ergibt sich einmal aus den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, andererseits aus dem Wesen der Vormundschaft selbst.

jenige aus eigentlichem Vormundschaftsrecht anzulegen ist. Aus dem allerdings ungeschriebenen Grundsatz des ZGB die Interessen jeder Person wahrnehmen zu wollen, fassen wir im folgenden die Gruppen der aus Art. 426 ZGB Klageberechtigten zusammen.

§ 27. Die Klageberechtigung der Mündel, Kinder unter elterlicher Gewalt und der in Ausübung ihrer Rechte teilweise beschränkten Personen.

1. Der Mündel kann nach Aufhebung der Vormundschaft selbst klagend auftreten, während der Dauer der Vormundschaft vertreten ihn die Organe, d. h. die oberen gegen die unteren. Der unter Umständen bestehenden Verpflichtung, die Verantwortlichkeitsklage gegen eines der Glieder ihres Dienstzweiges zu erheben, können sich VB und AB, nicht wie früher, vermittelst einer Verantwortlichkeitserklärung entziehen; höchstens die Anhebung der Betreibung ist ein Mittel sich der unangenehmen Aufgabe zu entledigen, wodurch der Lauf der Verjährung unterbochen wird.[1]) Die VB darf diesen Weg wohl einschlagen, wenn der Schützling kurze Zeit später die Mündigkeit erlangen und dann selbst in der Lage sein wird, den Prozess gegen seinen früheren Vertreter zu führen. Natürlich hat dann die VB dafür zu sorgen, dass die Beweismittel nicht verloren gehen. Die Haftung aus Art. 426 besteht auch zugunsten der Rechtsnachfolger des Schützlings.[2]) Die Erben des Verstorbenen sind also unter den gleichen Bedingungen, unter denen dieser selbst gegen vormundschaftliche Organe hätte vorgehen können, klageberechtigt.

2. Die durch Nichteinschreiten der VB laut Art. 291, 283 oder 297 geschädigten Kinder können mit Eintritt ihrer Mündigkeit aus Art. 426 ZGB prozedieren. Vor diesem Zeitpunkt steht den urteilsfähigen Minderjährigen die administrative Beschwerde zur Verfügung, die Anlass zur Entdeckung eines später geltend zu machenden Verantwortlichkeitsgrundes geben kann.

3. Die durch dauernde staatliche Intervention in ihrer Handlungsfähigkeit nur teilweise beschränkten Personen, wie der Verbeiratete und der Verbeiständete, deren eigenem rechtsgeschäftlichen Handeln, besonders demjenigen des Verbeiständeten Wert beikommt, werden nicht in gleichen Umfang Anlass zu Schadenersatzforderungen gegen die vormundschaftlichen Organe finden wie ein Bevormundeter.

Bei Unfähigkeit einer Person zur Besorgung einer oder mehrerer Angelegenheiten, zur Vermögensverwaltung und zu Bestellung eines Vertreters infolge Krankheit, Abwesenheit, Ungewissheit der Erbfolge, bei dringenden Geschäften, die auszuführen eine Person nicht in der Lage ist u. a. m. sehen Art. 392—94 ZGB die Bestellung eines Beistandes vor, dessen Tun und Unterlassen, in gleicher Weise wie das Verhalten der vormundschaftlichen Behörden, der Kritik aus Art. 426 ff. ZGB durch den Verbeiständeten und dessen Erben ausgesetzt ist.

In diesem Zusammenhang sei auf die parallel zu einander laufenden Bestimmungen von Art. 548 und Art. 393 Abs. 3 ZGB verwiesen, von

[1]) SJZ Bd. 31 S. 238.
[2]) Kaufmann: Komm. zu Art. 426 Note 12.

denen wir jene durch diese ergänzt sehen möchten. Zweifellos ist es für den wegen Ungewissheit von Leben oder Tod des Erben unter amtliche Verwaltung gestellten Anteil, welcher Tatbestand ja auch denjenigen von Art. 393 Abs. 3 erfüllt, günstiger, wenn ihm die VB im Zeitpunkt des Erbganges einen Beistand ernennt. Dieser nimmt die ihm anvertrauten Interessen wahr, übergibt das Gut dem aufgefundenen Erben oder händigt es nach der Durchführung des Verschollenheitsverfahrens den Erbberechtigten des Unbekannten oder Gestorbenen aus. Denn er weiss, dass er verschiedenen Personen Rechenschaft schuldig ist und dass er der Sühne für irgend einen, durch ihn verschuldeten Schaden nicht entgehen kann. Der Zweck des vormundschaftlichen Eingreifens ist natürlich nur erfüllt, wenn die kantonale Erbschaftsverwaltung, im Falle eines durch den Erbfall vorläufig herrenlos gewordenen Vermögens, sich unverzüglich mit der VB in Verbindung setzt und diese zur Bestellung des Beistandes schreitet. Ein Unterbruch oder Wechsel in den die Verwaltung besorgenden Personen dient der Sache nicht.

Für den Verbeirateten sind es nur die in Art. 395 Abs. 1—9 ZGB vorgesehenen und mitwirkungsbedürftigen Geschäfte, die er ohne Zustimmung des Beirates nicht abschliessen kann und aus denen ihrerseits die Verantwortlichkeit des Beirates zu resultieren vermag. Die Haftbarkeit der vormundschaftlichen Behörden scheint sich in diesem Zusammenhang darauf zu beschränken, dass ihr Unregelmässigkeiten aus der Rechnungsführung nachgewiesen werden. Wenn ein Beirat z. B. bei Abschluss von Darlehensverträgen, Eingehen von Bürgschaften etc. die VB um ihre Meinung befragt oder ein Grundbuchverwalter einen Liegenschaftsverkauf nicht ohne vormundschaftsbehördliche Einwilligung eintragen will, so wird die VB, sofern sie diesen Absichten entspricht, Ratschläge erteilt oder Weisungen gibt, dafür verantwortlich.

> «Nichts steht entgegen, die durch Art. 426 ZGB vorgeschriebene Verantwortlichkeit der Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden auch auf deren, im ZGB anderswo als in der Abteilung über die Vormundschaft vorgesehenen Obliegenheiten, auszudehnen»,

sagt ein bundesgerichtlicher Entscheid, in der Absicht, der Ehefrau die durch eine unsorgfältige Zustimmung im Sinne von Art. 177 ZGB zu Schaden gekommen ist, die Klageberechtigung aus Art. 426 ZGB ebenfalls zuzusprechen.[1]) Dies, obschon die grundsätzlich volle Handlungsfähigkeit der Ehefrau nur durch den erwähnten, zugunsten der VB lautenden Vorbehalt einen Einbruch erleidet.

§ 28. Die Klageberechtigung weiterer Interessenten.

1. Die Heimatgemeinde und die unterstützungspflichtigen Verwandten: Ueber die Klageberechtigung dieser beiden Interessenten herrscht nicht Einigkeit. Es scheint uns billig, im Fall der Verarmung des Mündels, der auf Verschulden vormundschaftlicher Organe zurückzuführen ist, der Heimatgemeinde und den unterstützungspflichtigen Verwandten die Erhebung der Verantwortlichkeitsklage zu gestatten; namentlich aus dem Grund, weil sie, wenn das Vermögen des Schutzbefohlenen ohnehin zurückgeht und die Organe durch ihr Verhalten den Eintritt der gänzlichen

[1]) BE Bd. 53 II S. 367 (Erben Meng-Erben Bundi).

Verarmung beschleunigen, entsprechend früher zur Unterstützung verpflichtet sind. Dazu kommt, dass durch die Zusprechung der Klageberechtigung an Heimatgemeinde und unterstützungspflichtige Verwandte der noch da und dort bestehenden Mentalität von Vormundschaftsbehörden kleinerer Gemeinden, sich mit Eifer nur der eigenen Bürger, nicht aber der übrigen Einsassen anzunehmen, gesteuert wird. Zweifellos ist es im Interesse der Allgemeinheit und in dem des vormundschaftlichen Wohnortsprinzipes, wenn besonders der Heimatgemeinde die Möglichkeit geboten wird, die Verantwortlichen auf Grund von Art. 426 ZGB ins Recht zu fassen. Schadenersatzbegehren werden viel eher als Bussandrohungen dazu veranlassen, Bürger und Einwohner pflichtgemäss gleich zu behandeln. Wo den unterstützungspflichtigen Verwandten, dank der Intervention der zum Schutze der Schwachen berufenen vormundschaftlichen Organe, die familienrechtliche Obliegenheit zufällt, dem Vater, Sohn, der Schwester etc. unter die Arme zu greifen, dürfen jene, gleich wie die Heimatgemeinde, zur Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage befugt erachtet werden. Im Einzelnen ist die Rechtslage nicht abgeklärt. Fraglich bleibt z. B., ob das Begehren der Heimatgemeinde oder der unterstützungspflichtigen Verwandten in vollem Umfang geschützt werden muss, wenn sie untätig dem Treiben der vormundschaftlichen Organe und der Vermögensverminderung zusehen, oder ob dann nicht eine Teilung des Schadens mit den Verantwortlichen verfügt werden muss. Ferner ist die Zuteilung einer allfälligen, durch das gerichtliche Urteil zugesprochenen Ersatzsumme an den Schützling oder an den Kläger ungewiss.

2. Die Konkursverwaltung: Umstritten ist auch die Klagelegitimation der Konkursmasse des Mündels. Unseres Erachtens ist sie ihr zuzusprechen. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb die Konkurmasse, die doch sämtliches Vermögen umfasst, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, gerade in dem prägnanten Fall, dass die Vermögensverschlechterung des Mündels auf das Konto der vormundschaftlichen Organe geht, keine Ansprüche gegen sie erheben könnte. Natürlich muss sich die Masse dann alle Einwendungen gefallen lassen, die der oder die Beklagten gegenüber dem Mündel erheben könnten, wenn dieser selbst klagen würde.[1])

Mit der Zulassung der Legitimation zur Verantwortlichkeitsklage der Masse ist aber keineswegs ein Präzedenzfall für die Klageberechtigung der Schützlingsgläubiger geschaffen. Jene ist nicht Vertreterin der Gläubiger, sondern interveniert aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt. Ein Gläubiger, der im Konkurs des Mündels zu Schaden kommt, hat sich zu dessen Behebung an die konkursrechtlichen Mittel zu halten oder kann, sofern es sich um Pflichtverletzungen der Organe handelt, diese, namentlich den gesetzlichen Vertreter, aus Art. 41 ff. OR (event. aus Art. 97 ff. OR, wenn es sich um Vertragsverletzungen handelt) resp. aus kantonalem Beamtenverantwortlichkeitsrecht zur Rechenschaft ziehen. In der Affäre Wilbuschewitsch—Waisenamt Zürich,[2]) wo ein Gläubiger einer russischen, inzwischen untergegangenen Bank auf eine Forderung dieser gegen die eidgenössische Bank A.G. einen Arrest legen liess und wo schliesslich auf Betreiben des Gläubigers eine Verwaltungsbeistandschaft über das herrenlose Vermögen angeordnet wurde, sieht Delessert in den Gläubigern des ehemaligen Geldinstitutes die Personen, denen die vormundschaftli-

[1]) Vierteljahresschrift für aarg. Rechtssprechung Bd. 11 S. 26
[2]) BE Bd. 51 II S. 259.

chen Organe für Pflichtverletzungen verantwortlich sind.[1]) Grundsätzlich besteht die Verantwortlichkeit. Aber die Klageberechtigung gestützt auf Art. 426 ZGB steht den Gläubigern nicht zu, selbst wenn es sich um solches, ihnen verfallenes Vermögen handelt. Wenn sie einen Verantwortlichkeitsgrund des Beistandes entdeckt zu haben glauben, können sie die Beschwerde erheben (Art. 420 ZGB), die ja das universelle Mittel ist, um gegen das Verhalten der Organe Protest einzulegen. In der Folge werden sich die vormundschaftlichen Behörden des Falles annehmen und ihrerseits die Schuldigen vermittelst Klage zum Ersatz des zugefügten Schadens anhalten. Ein grosser Teil des Anwendungsgebietes von Art. 420 ZGB wäre gerade vorweggenommen, wenn jeder, der an schutzunterstelltem Vermögen interessiert ist, zur Verantwortlichkeitsklage greifen könnte.

2. Kapitel: Die Verjährung der Verantwortlichkeitsklage.

§ 29. Die ordentliche Verjährung.

Das Gesetz macht die Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Verjährung. Diese beträgt ein Jahr und beginnt gegenüber dem Vormund und den unmittelbar haftbaren Mitgliedern der vormundschaftlichen Behörden mit der Zustellung der Schlussrechnung. Gravierend für die behördlichen Instanzen, sowie für die Gemeinden, Kreise und den Staat ist der Absatz 3 von Art. 454.

Der förmlich entlassene Vormund, Beirat oder Beistand wird ein für allemal nach Ablauf der Jahresfrist seit Zustellung der Schlussrechnung von seiner Verantwortlichkeit befreit. Die Verantwortlichkeit gegen einen gesetzlichen Vertreter, in dessen Amt und Funktionen ein anderer tritt, kann also längst verjährt sein, wogegen der Beginn des Zeitablaufs für die vormundschaftlichen Behörden in keinem Fall vor dem Aufhören der Vormundschaft einsetzt. Diese Ordnung ist gewissermassen eine Kompensation für die primäre Haftung und die Selbständigkeit des Vormundes.

1. Beginn der Verjährungsfrist im allgemeinen: Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gibt immer wieder der Zeitpunkt, an dem die Verjährungsfrist einsetzt. Mit der Einrede, dass in Ermangelung sowohl einer Zustellung als auch einer Mitteilung über die Nichtgenehmigung der Schlussrechnung die Verjährungsfrist jedenfalls mit dem Ende der Bevormundung, resp. des vormundschaftlichen Amtes beginne oder, dass die schriftliche Anerkennung des Vermögensberichtes durch den Schützling als Zustellung der Schlussrechnung im Sinne von Art. 455 ZGB gelte, suchen sich zur Rechenschaft gezogene vormundschaftliche Organe von der Verantwortlichkeit zu befreien. Jener Einwand ist insofern verständlich, als die Zustellung der Schlussrechnung an den Mündel, dessen Erben und den neuen gesetzlichen Vertreter nach unserem Dafürhalten häufig ungebürlich lang verzögert wird, in einem Fall nach mehr als 5 Jahren seit Einreichung erfolgte. Dass sich der faktisch seine Tätigkeit nicht mehr ausübende Vormund gegen einen 5 Jahre zurückliegenden, verübten Fehler zur Wehr setzt, ist begreiflich.[2]) Das Gesetz spricht aber im Zusammen-

[1]) Delessert p. 97.
[2]) SJZ Bd. 31 S. 238.

hang mit dem Beginn der Verjährung ausdrücklich von der Zustellung der Schlussrechnung, aus welchem Grunde die Einrede, dass seit der Entlassung aus dem Amt mehr als ein Jahr verflossen ist, nicht gehört werden kann, sofern eben keine Schlussrechnung zugestellt worden ist. Wie erwähnt, ist ja selbst bei Nichtgenehmigung eine Zustellung unumgänglich, welche Notwendigkeit dem Satz, in Ermangelung sowohl jener als auch einer Mitteilung über die Nichtgenehmigung der Schlussrechnung beginne die Verjährungsfrist jedenfalls mit dem Ende der Bevormundung, d. h. des vormundschaftlichen Amtes, derogiert. Immerhin sollten die vormundschaftlichen Behörden dem Umstand, dass die Verjährung der Verantwortlichkeitsklage auf der Schlussrechnung und der Pflicht ihrer Zustellung innert angemessener Frist beruht, mehr Rechnung tragen, wenn es sich bloss um eine Rechnung einfacher Art handelt. Es könnte wohl einmal vorkommen und würde auch gerechtfertigt erscheinen, dass ein vom Mündel oder von vormundschaftlichen Behörden mit einer Verantwortlichkeitsklage belangter, ehemaliger Vormund den Spiess umdrehen und, wegen pflichtwidriger Verzögerung der Zustellung, eine Teilung des Schadens, wenn nicht gar eine ausschliessliche Verurteilung der Behörden verlangte.

Die Anerkennung der Rechnung würde nur dann eine den Verantwortlichkeitsanspruch und damit auch die Frist, innert der er erhoben werden kann, präjudizierende Rolle spielen, wenn sie von der mit Aufhebung der Bevormundung die volle Handlungsfähigkeit erreichenden Person unter absoluter Entlastung der Organe erklärt wird, was freilich die VB und AB nicht hindern darf, die Prüfung der Rechnung vorzunehmen und dem gewesenen Schutzunterstellten einen Verantwortlichkeitsgrund zur Kenntnis zu bringen. Der vom handlungsfähig Gewordenen oder weiter unter vormundschaftlicher Aufsicht Stehenden seinem Vertreter gegenüber ausgedrückte und unterschriftlich bezeugte Zusatz: «Vorliegende Schlussrechnung wird unter Wahrung aller Rechte bezügl. Verantwortlichkeit anerkannt», nimmt jedoch den Beginn der Verjährung dem Zeitpunkt der Zustellung nach Passationsbeschluss nicht vorweg. Er unterrichtet die vormundschaftlichen Behörden nur davon, dass der Vormund der Ordnungsvorschrift von Art. 413, Abs. 3, ZGB nachgekommen ist. Nach wie vor bleibt der Beginn der Verjährungsfrist abhängig von der Zustellung der Schlussrechnung.

2. Bedeutung der Verjährungsfrist für mittelbar und unmittelbar verantwortliche Organe: Für vormundschaftliche Behörden, die mit dem Vormund z. B. infolge Arglist haften, beginnt die ordentliche Verjährung mit dem gleichen Zeitpunkt, der auch für diesen bestimmend ist, zu laufen.

Wenn schon eine Klage gegen den gesetzlichen Vertreter erhoben wurde oder wenn er in erster Linie belangt werden muss, beginnt die Jahresfrist für die mittelbar haftenden Organe erst von dem Tag an zu laufen, an dem das Begehren vor den Richter gebracht werden konnte (Art. 454 Abs. *2*). Diese Ordnung nimmt Rücksicht auf die Sukzessivhaftung, indem bei gleichem Verschulden der Organe die mittelbar haftenden unter ihnen für den Betrag des definitiven Verlustscheins in dem Moment belangt werden dürfen, der die Ausklagung, die ganze oder teilweise fruchtlose Pfändung oder den Konkurs des unmittelbar Verantwortlichen abschliesst. Mit Recht wird aber festgestellt, dass sich im Prozess eine vormundschaftliche Behörde auf die vom Gesetz getroffene Unterscheidung in mittelbare und unmittelbare Verantwortlichkeit berufen könne, um sich

vermittelst des analog abgestuften Verjährungsbeginns der Ausrichtung von Ersatzleistungen zu entziehen.[1]) Ist z. B. der Vormund, in der Meinung er und nicht die VB trage unmittelbar die Verantwortung, vom mündig gewordenen Schützling eingeklagt worden, ergibt die richterliche Aufnahme des Tatbestandes aber eine von der Fahrlässigkeit des Vertreters unabhängige Mitschuld der VB, könnte sich diese, wenn sie erst, nachdem das Jahr seit Zustellung der Schlussrechnung abgelaufen ist, in den Prozess hineingezogen würde, auf ihre unmittelbare Verantwortlichkeit berufen und Abweisung der Zweitklage infolge Verjährung verlangen.

Es wird deshalb auf die Divergenz hingewiesen, die dem Verantwortlichen in einem Fall das Interesse aufdrängt die Mittelbarkeit anerkannt zu wissen, hier, wo es sich um die Verjährung handelt die Unmittelbarkeit, weil man es für unstatthaft gehalten hat die direkt und subsidiär haftenden Organe miteinander ins Recht zu fassen und weil man in Abstufung der Verjährung die Parallele zur sukzessiven Geltendmachung der Verantwortlichkeit bei Fahrlässigkeit beobachtet haben wollte. Die Verantwortlichen mussten doch auf die Möglichkeit und den Versuch dieses Einwandes stossen, nachdem der Sinn des Gesetzes dahin feststand, dass sich der Kläger vor Anhebung seines Begehrens über die Passivlegitimation zu orientieren habe und dass ein Versehen seinerseits den verantwortlichen, aber nicht eingeklagten Organen zugute komme. Ohne den Beamtenschutz von Art. 429 ZGB, die stufenförmig aufsteigende Sukzessivhaftung der Organe, die das Gesetz mit Rücksicht auf den für die Behörden nach oben immer umfangreicher werdenden Geschäftskreis eingeführt hat, zu desavouieren, hat sich die Praxis in folgender Weise über die hinsichtlich primärer und subsidiärer Haftung bestehende Klippe hinweggeholfen. Ein bundesgerichtlicher Entscheid sagt:

> «Von Bundesrechtswegen steht nicht entgegen, dass gleichzeitig mit dem direkt haftenden auch die nur subsidiär haftenden vormundschaftlichen Organe auf Schadenersatz belangt werden. Die Zulässigkeit der gleichzeitigen Belangung von Vormund und den allfälligen in verschiedenen Stufen subsidiär haftenden Mitglieder der VB und der AB drängt sich besonders unter dem Gesichtspunkt auf, dass ja zunächst darüber entschieden werden muss, wer überhaupt haftbar sei, da es erst hievon abhängt, wer bloss subsidiär haftbar ist».[2])

Zweifellos ist, bevor feststeht, wer überhaupt Ersatz zu leisten hat, auch nicht bestimmt, wie der Mündelschaden repariert werden muss. Hier liegt nun auch der springende Punkt für den Fall, dass das Urteil mehr primär haftende Personen feststellt als vorderhand eingeklagt sind, indem das Gericht vom Kläger in Aussicht genommene subsidiäre zu direkt Haftenden stempelt, die sich dann infolge des abgelaufenen Jahres auf ihre Unmittelbarkeit berufen. Dies hat die Bedeutung, dass da, wo die Verhältnisse die Ansichten des Klägers zu rechtfertigen vermögen, d. h. wo er keinen Einblick in die Schuld der Organe haben konnte, der richterliche Entscheid sich in gleicher Weise wie über Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit, auch erst über die einsetzenden Verjährungsfristen ausspricht. Schon früher hat ein Kantonsgericht ein deutlich gegen die Verwirkung der gesetzlichen Klagefrist gerichtetes Manöver gutgeheissen, nämlich als der volljährig gewordene Mündel, der sich über die Verantwortlichkeit der beteiligten Organe im Unklaren befand, Vormund und VB gleichzeitig

[1]) Lüscher: S. 152/53.
[2]) Praxis des Bundesgerichtes Bd. 24 S. 248. (Spiess-Bachmann u. Kons.)

einklagte, den Prozess gegen letztere aber sistieren liess, bis derjenige gegen den Vormund entschieden war.[1])

Art. 454 Abs. 3 ZGB besitzt den Vorteil, dass dem Mündel, der seinen einstigen Vormund ausgeklagt hat oder dessen Vertreter beispielsweise nicht gegen die ihm vorgesetzten Behörden prozedieren will, das Recht zusteht, alle Verantwortlichkeitsansprüche, die sich im Laufe der Vormundschaft gezeigt haben, in einem Verfahren nach Aufhören des Schutzverhältnisses gegen die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden geltend zu machen. Sache des Richters ist es dann verjährte Ersatzforderungen gegen einen früheren Vertreter auszuscheiden, anderseits ehemalige Mitglieder, die den Behörden nicht mehr angehören, für ihre zurückliegenden Fehler zur Rechenschaft zu ziehen. Wenn auch diese Verjährung erst mit dem Ende der Vormundschaft zu laufen beginnt, ist keinesfalls gesagt, dass der Anspruch nicht schon vorher und sobald sich der Ausfall gegen den früheren Vormund gezeigt hat, geltend gemacht werden kann und soll.

§ 30. Die ausserordentliche Verjährung.

Wenn ein Rechnungsfehler vorliegt oder ein Verantwortlichkeitsgrund erst nach Beginn der ordentlichen Verjährungsfrist entdeckt wird, verjährt der klägerische Anspruch nach Ablauf eines Jahres seit der Entdeckung, in jedem Fall aber innert 10 Jahren, nach Beginn der ordentlichen Verjährungsfrist (Art. 455 ZGB analog zu Art. 60 OR). Massgebend ist der Zeitpunkt der Entdeckung durch den Kläger und nicht ein event. weiter zurückliegender durch andere Personen. Absichtliche Fälschungen gehören nicht unter Rechnungsfehler, sondern unter die Kategorie: nach Beginn der ordentlichen Verjährungsfrist entdeckte Verantwortlichkeitsgründe.

Diese ausserordentliche Verjährungsfrist beginnt von dem Tage an zu laufen, da der Schützling von der Minderung seines Vermögens Kenntnis bekommen hat. So besteht, wie die Praxis zeigt, die Möglichkeit, dass der Geschädigte sowohl seinen gesetzlichen Vertreter als auch die Mitglieder der Behörden nach Ablauf etlicher Jahre belangen kann. Die Aufbewahrung der Beweismittel, die immer zur Abwälzung eines Vorwurfes geeignet sind, ist deshalb ein Gebot der Vorsicht. Wann der Verantwortlichkeitsgrund entdeckt worden ist, von welchem Zeitpunkt an also die ausserordentliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt, steht nicht immer zweifelsfrei fest. In einem für die verantwortlichen Organe günstig ausgefallenen Entscheid war die Frage hinsichtlich einer Geldanlage beim Dienstherrn des Schutzbefohlenen die, ob die Verjährungsfrist von der Konkurserklärung des Dienstherrn oder von der Genehmigung des nachher abgeschlossenen Nachlassvertrages oder von der Auszahlung der Nachlassdividende an zu laufen begonnen habe.[2]) Das Urteil motiviert, zur Entdeckung des Verantwortlichkeitsgrundes sei nicht die Kenntnisnahme von allen Umständen nötig, das Wissen von Tatsachen, aus denen sich ergebe, dass die VB eine Verfügung getroffen habe, die zum Nachteil des Mündels ausgefallen sei, genüge. Dieses Wissen habe der Kläger

[1]) Vierteljahresschrift f. aarg. Rechtssprechung Bd. 24 S. 24 ff.
[2]) BE Bd. 43 II S. 63 (Kummert-Baselstadt).

spätestens nach der Konkurserklärung erlangt. Wenn man aber unter Zuhilfenahme von Art. 60 OR zum Beginn des Verjährungslaufes die Kenntnis des Schadens, also nicht bloss die Kenntnis der Gefährdung des Guthabens verlange, hätte diese mit der Genehmigung des Nachlassvertrages vorgelegen. In neuester Zeit hat das Bundesgericht entschieden, dass die Verjährungsfrist erst von dem an einer Zwangsversteigerung im Mai 1932 entstandenen Pfandausfall zu laufen begonnen habe und die Verjährung nicht vor Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu Anfang des Jahres 1933 eingetreten sei. Davon könne keine Rede sein, dass die Verjährung (als Voraussetzung der Entstehung des Rechtes die Leistung zu verweigern) durch blosse Feststellungsklage unterbrochen werden könnte oder müsste. Die Bedeutung der Art. 454, 455 ZGB sei darin zu sehen, dass die Verjährung nicht immer schon mit Ablauf eines Jahres seit Kenntnis des Schadens, sondern allfällig erst später eintrete.[1])

Ein Moment, das in den beiden Entscheiden nicht ausdrücklich beachtet, jedoch wichtig ist und Beachtung verdient, scheint uns neben der Kenntnis des Vermögensnachteils die Feststellung der Höhe desselben zu sein. Denn sehr oft wird der Umfang eines definitiven und gerichtlich wieder wettzumachenden Schadens erst, nachdem man sich an eine Einbusse schlechthin gedanklich gewöhnt hat, in Erfahrung gebracht. Für die Frage der Appellabilität und der Weiterziehung an das Bundesgericht ist dieser Umstand von grundlegender Bedeutung. Es entspräche nicht dem Sinn des Gesetzes, wenn ein unerfahrener, der Schutzaufsicht Entlassener eingedenk der Verwirkung seines Rechtes, weil er vom Verantwortlichkeitsgrund Kenntnis hat, möglichst rasch um eine die Höhe des wirklichen Schadens nicht erreichende Summe gerichtlich einkommt, mit dem Resultat, dass erst im Laufe des Prozesses oder noch später der ziffernmässig genau umschreibbare, aber höher ausgefallene Schaden festgestellt werden kann.

Für die infolge lässiger Führung, schuldhafter Aufhebung der Vormundschaft oder anderen Gründen unterstützungspflichtig gewordenen Verwandten, resp. Heimatgemeinde, beginnt die ausserordentliche Verjährungsfrist, spätestens mit dem Eintritt der Unterstützungspflicht.

Lüscher macht auch im Zusammenhang mit der ausserordentlichen Verjährung darauf aufmerksam, dass die für Fahrlässigkeit haftenden Organe in ihrer Stufenfolge aufsteigend sukzessiv haften und dass subsidiär und mittelbar ersatzpflichtige Organe nicht zugleich mit den primär, unmittelbar haftenden belangt werden können. Der Anspruch gegen die mittelbar haftenden Organe verjähre wieder innert eines Jahres nachdem die Klage hätte erhoben werden können. Das Bedürfnis nach der Möglichkeit gleichzeitiger Einklagung ist in diesem Zusammenhang jedoch geringer, weil für den Fall, dass erst der Richter in Abweichung der klägerischen Ansicht bei einem Organ anstelle seiner subsidiären Haftung auf primäre Verantwortlichkeit erkennt und dieses infolge des abgelaufenen Jahres sich auf die Verjährung des Anspruches berufen will, der Absicht noch die zehnjährige Frist von Art. 455 Abs. 1 ZGB entgegensteht. Freilich kann inzwischen durch den Zwang, die Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit sukzessiv geltend zu machen, auch die zehnjährige Frist abgelaufen und die endgültige Verjährung eingetreten sein. Indessen dürften derartige Fälle äusserst selten sein.

[1]) Praxis des Bundesgerichtes Bd. 24 S. 245 ff.

Rührt die Verantwortlichkeitsklage aus einer strafbaren Handlung eines Organs her, verjährt der gerichtlich geltend zu machende Anspruch nicht vor demjenigen aus der strafbaren Handlung. Hat z. B. ein Vormund Mündelgelder unterschlagen, verjährt die Verantwortlichkeitsklage nicht schon mit Ablauf eines Jahres nach Zustellung der Schlussrechnung, sondern erst mit Eintritt der Verjährung der dem kantonalen Recht unterstehenden Strafklage.[1])

11. Kapitel: Reihenfolge der Haftung und Teilung des Schadens.

§ 31. Die Stufenhaftung:

1. Inhalt: Die Stufenhaftung findet keine Anwendung bei Arglist. Einen arglistig verursachten Schaden tragen alle verantwortlichen Personen unmittelbar und solidarisch. Der geschädigte Schützling kann nach freier Wahl einen, mehrere oder alle Haftenden zusammen für das Ganze belangen (Art. 429 Abs. 3). Auch bezüglich der betreibungsrechtlichen Vollstreckung gilt, dass jeder Verantwortliche für den gesamten Schadenersatzbetrag betrieben werden kann.

Hat beispielsweise die VB eine Schädigung des Mündelvermögens absichtlich herbeigeführt, so haftet dem Verletzten jedes einzelne Mitglied des Kollegiums für den ganzen Betrag, was in der Regel die Inanspruchnahme des bloss fahrlässig handelnden gesetzlichen Vertreters, der nur subsidiär für einen Ausfall bei der VB verantwortlich ist, erübrigen wird. Ist nur letzterer aus Arglist, die VB oder AB aus Fahrlässigkeit verantwortlich, so haften ihre Mitglieder, — denn um diese, nicht um die Behörde als solche handelt es sich, da weder VB noch AB juristische Personen, sondern Verwaltungszweige des Gemeinwesens sind, worauf die Verantwortlichkeitskläger bei der Formulierung ihrer Begehren zu achten haben — für vom Vertreter nicht erhältlichen Teil pro rata.

In der Praxis handelt es sich meistens nur um Fahrlässigkeit mehrerer Organe. Die VB wird für den Teil, der vom erstbeklagten Vormund infolge finanziellen Unvermögens unerhältlich ist, in Anspruch genommen und die Mitglieder der AB für das, was von jener nicht erhältlich ist. Es liegt somit ein bürgschaftsähnliches Verhältnis vor. Die oberen Organe stehen zu den subordinierten in der Verantwortlichkeit wie der einfache Bürge zum Hauptschuldner. Einen etwaigen Ausfall, der aus einem vergeblichen Procedere gegen die Organe resultiert, deckt der Kanton (Art. 427 Abs. 1).

Das Gesetz sieht in Art. 429 Abs. 1 und 2 keine andere Haftung des jeweiligen, oberen, der Fahrlässigkeit überführten Organs vor, als dass es nur für das einstehen muss, was vom unteren auf prozessualem Weg, resp. auf dem der Vollstreckung unerhältlich ist. Der Grund dieser Ordnung liegt, wie schon erwähnt, im umfangreicheren Geschäftskreis der behördlichen Instanzen, die dem einzelnen Fall weniger nahe stehen und deren Mitglieder durch die Verantwortlichkeit für zahlreiche Vormundschaften zu stark belastet würden. Ein obergerichtlicher Entscheid weist

[1]) Kaufmann: Komm. zu Art. 455 Note 16.

darauf hin, dass der französische Text von Art. 429: «Dans la mesure où le tuteur n'a pu réparer le dommage», die Auslegung der Stufenhaftung einzig und allein in dem Sinn zulasse, dass das obere Organ nur dann subsidiär mitverantwortlich sei, wenn das untere wegen Zahlungsunfähigkeit oder Nichtbelangbarkeit, infolge Flucht ausser Betracht falle.[1]) Diese Fassung als zu eng und dem Gesetz nicht voll Rechnung tragend zu bezeichnen, ginge wohl bloss dann an, wenn der deutsche und italienische Text klar einen gegenteiligen Standpunkt zum Ausdruck brächten, was durchaus nicht zutreffe. Eindeutig wird also die Ansicht, dass ein Vormund wegen Mitverschulden nicht voll haftbar erklärt zu werden brauche, sodass der Ausfall von ihm «unerhältlich» und gegen diese einklagbar sei, verworfen.

Eine Folge der in beschriebenem und strengem Sinne ausgelegten Sukzessivhaftung ist die Erschwerung der Durchführung des Anspruches, ein Fehler, auf den auch Kommentatoren des Beamtenverantwortlichkeitsrechtes im Zusammenhang mit dieser Materie hinweisen.[2]) Die subsidiäre Haftung des Staates wird im Beamtenrecht nur dann involviert, wenn, nachdem vorausgehend die Geltendmachung der Klage von der Entscheidung irgendeiner übergeordneten Behörde abhängig gemacht wird, — was freilich Art. 430 ZGB für das Vormundschaftsrecht abgeschafft hat — ein Teil des zugesprochenen Schadenersatzes vom fehlbaren Beamten unerhältlich ist. In gleichem Sinne erwächst dem geschädigten Mündel die Aktivlegitimation gegen die VB erst mit der Ausstellung des Verlustscheines gegen den gesetzlichen Vertreter. Er muss also, sofern er zu seinem Rechte kommen will, zwei Prozesse durchführen, da das obere Organ nicht eher ins Recht gefasst werden darf, als sich beim unteren ein Ausfall zeigt. Wenn er somit die Kosten des zweiten Rechtsstreites scheut oder nicht tragen kann, sieht er sich von der Verfolgung seines guten Rechtes abgehalten.

Wir haben freilich gesehen, dass das Bundesgericht das gleichzeitige Belangen von primär und subsidiär haftenden vormundschaftlichen Organen auf Schadenersatz als dem Bundesrecht nicht widersprechend bezeichnet.[3]) Nur, sagt das Urteil abschwächend, kann gegen bloss subsidiär Haftende kein ziffermässig bestimmtes Leistungsurteil ausgefällt werden. Es ist klar, dass, bevor feststeht wie viel vom Ersten unerhältlich ist, der Zweite nicht zum Ersatz einer genau fixierten Summe verpflichtet werden kann. Nichtsdestoweniger hat der Entscheid grundlegende Bedeutung, indem er die Kontroverse bezüglich der prozessualen Geltendmachung des Anspruches zugunsten einer weitherzigen Auslegung von Art. 429 Abs. 1 und 2 beilegt. Dass hier staatliche Behörden unter leichteren Voraussetzungen als bis anhin in Zivilstreitigkeiten verwickelt werden, was manchen Orts des Schutzes der Beamten vor willkürlichen Klagen wegen ungern gesehen wird, ist unbeachtlich.

Indessen tut dieser Vorstoss dem Satz: «Dans la mesure où le tuteur n'a pu réparer le dommage», keinen Abbruch. Art. 429 sieht eben keine andere Verantwortlichkeit des oberen Organs vor, als dass es nur für das haftet, was vom unteren nicht erhältlich ist, wenn letzteres zugleich haftbar ist. Den tatsächlichen Schaden hat das untere Organ zu tragen. Bloss

[1]) SJZ Bd. 31 S. 239.

[2]) vgl. Schütz: Die Ersatzpflicht des Staates. S. 13.

[3]) Praxis des Bundesgerichtes, Bd. 24 S. 245 ff. (Spiess-Bachmann u. Konsorten), ausführliche Redaktion in Zentralblatt für Staats- u. Gemeindeverwaltung Bd. 36 S. 319 ff; vgl. unsere Arbeit § 29.

subsidiär und virtuell kann der urteilende Richter das obere zur Deckung eines aus der Vollstreckung gegen das untere resultierenden Ausfall verhalten. Liegt beispielsweise der Fall einer Flucht aus der Verantwortlichkeit vor, veranlasst eine VB die dazu nicht verpflichtete AB, ihre Ansicht über ein Geschäft kund zu tun, um sich später darauf zu berufen und von der Verantwortlichkeit zu entlasten, so ist jene, vorausgesetzt dass der befolgte Ratschlag schädliche Folgen zeitigte, trotzdem primär für die ganze Einbusse verantwortlich. «Der Grund dieser freilich nicht in jeder Beziehung befriedigenden Ordnung liegt im umfangreichen Geschäftskreis der AB», sagt das Bungesgericht. Dieser Satz lässt darauf schliessen, dass selbst jetzt, trotzdem die gleichzeitige Belangbarkeit von primär und subsidiär haftenden Organen gewährleistet ist, die Ansichten über Wert und Billigkeit der Stufenhaftung geteilt sind. Es muss oft als ungerecht empfunden werden, wenn ein unerfahrener Vormund, Beirat oder Beistand aus einer Fahrlässigkeit, an der die VB mitbeteiligt ist, für grosse Summen und bis zu seinem Ruin ersatzpflichtig wird, ohne dass den in der Gesamtheit finanzkräftigeren Mitgliedern der Behörde ein Haar gekrümmt wird.

In der Tat genügt es, einem vermöglichen Schützling einen mit materiellen Gütern in gleichem Masse bedachten Vertreter zu bestellen, um die VB der Inanspruchnahme durch eine Schadenersatzklage zu entziehen, es sei denn die Ursache der Vermögenseinbusse liege ganz auf Seiten der Behörde. Wenn das untere Organ dem oberen bei Berichterstattungen Anträge vorenthalten hat, die auf die Gefährlichkeit der von diesem angeordneten Massnahmen hingewiesen hätten, nicht Beschwerde zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes führte, obschon dazu Grund vorhanden gewesen wäre, oder, wenn nach Erteilung einer unsorgfältigen Weisung neue Verhältnisse eingetreten sind, die der Vormund auf eigene Faust, aber im Sinne der Weisung zu meistern trachtete, verlangt das Gesetz in einer für das Rechtsempfinden nicht ganz einwandfreien Weise den Ersatz des aus solchem Verhalten entspringenden Schadens nur vom unteren. Die Dinge liegen meistenteils nicht so, dass der Richter, wie im Fall Würsten-Zingre & Kons. einen Fehler des Beirates einerseits und eine unabhängige Fahrlässigkeit der VB andererseits feststellt; dies entgegen der Auffassung der Mitglieder der VB, die der für das richterliche Ermessen allerdings irrelevanten Ansicht waren, ihr Verschulden sei mit demjenigen des Beirates verknüpft.[1])

Aus Gründen des umfangreichen Geschäftskreises erklärt, schliesst die stufenweise Haftung des Vormundschaftsrechtes einen weiteren Nachteil in sich. Wenn sich der Vormund, der selbständig amtet und in dessen Kompetenzkreis sich in der Regel keine Behörde einmischt, eine Fahrlässigkeit zuschulden kommen lässt, so unterläuft der VB, die Dutzende von Fällen zu betreuen hat, sehr leicht der gleiche Fehler. Sie täuscht sich über Verhältnisse, die ihr nicht, sondern dem Vormund, bekannt sind, oder sie schenkt ungerechtfertigten Beschwerden des Schützlings Gehör, weist den Vormund zurecht und führt auf diese Weise eine Schädigung herbei. Solche Vorkommnisse können dadurch gefördert werden, dass das Bewusstsein, sich bei Geltendmachung der Verantwortlichkeit auf einer höheren, schwieriger zu erreichenden Stufe zu befinden, die Behörden zu kleinen Pflichtverletzungen, Fehlern und Versehen verleitet. Der psychologische Eindruck, den die responsabilité en cascades auf die Organe macht,

[1]) Praxis des Bundesgerichtes, Bd. 22 S. 277 ff.

ist nicht zu unterschätzen. Wahrscheinlich würden sich viele vormundschaftliche Behörden in der Erfüllung ihrer Aufgaben mehr Mühe geben, wenn sie z. B. sich bis zur Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit auf gleicher Ebene wie der Vormund verantwortlich wüssten.

2. Revisionsbestrebungen: In Anlehnung an die in den Kantonen und für die Bundesgesetzgebung befürworteten Revisionen bezüglich der Beamtenverantwortlichkeit, gibt es Autoren, die auch für das Vormundschaftsrecht anstelle der stufenweisen Haftung eine hinter dem Vormund direkt einsetzende staatliche Haftung, wie sie z. B. Baselstadt (EG § 112) besitzt, ins Auge fassen. Wir sind nicht der gleichen Ansicht. Denn abgesehen davon, dass die Staatshaftung theoretisch der Beamtenverantwortlichkeit und derjenigen der vormundschaftlichen Organe widerspricht, – der Staat haftet doch nicht weil er schuldig ist; er kann höchstens auf Billigkeitserwägungen und für einen Ausfall haften, wie es Art. 427 Abs. 1 ZGB für das Vormundschaftsrecht festlegt —, ist für Baselstadt, seines kleinen Territoriums halber, das eine Konzentration der Verwaltung erlaubt, aber nicht für Kantone, in denen Dutzende von Vormundschaftsbehörden mit Hunderten von Vormundschaftsfällen zu überwachen sind, die direkte, hinter dem gesetzlichen Vertreter einsetzende Staatshaftung gerechtfertigt. Warum soll denn an Stelle der fehlbaren Beamten der Staat treten, wo doch zugegebenerweise der staatliche Regress ihnen nichts ersparen will als es das geltende Recht tut. Wir halten daran fest, die Schuldfrage der Vormünder und vormundschaftlichen Behörden, die in dauerndem und engen Kontakt mit Personen der Privatrechtssphäre stehen, in einem zivilprozessualen und keinem verwaltungsrechtlichen Verfahren bereinigt zu sehen.

Wenn der geltenden, vormundschaftlichen Verantwortlichkeit ein Vorwurf gemacht werden kann, ist es eher der einer grossen Nachsicht gegenüber den Behörden und der der Strenge gegenüber dem Vormund, als der einer zu weitgehenden Härte schlechthin. Der Absicht, eine ausgeglichene und allgemein sorgfältige Verwaltung zu erzielen, wäre beispielsweise die Ausdehnung eines modifizierten Eintretens für grobe Fahrlässigkeit auf die Mitglieder der VB und AB neben dem Vormund, Beirat und Beistand dienlich. Das grobfahrlässige Organ, d. h. seine Mitglieder, wenn es sich um eine Behörde handelt, müssten primär und für den grössten Teil des Schadens solidarisch, das leicht fahrlässig handelnde hingegen nach Ermessen des Richters schadenersatzpflichtig erklärt werden. Diese Solidarität wäre jedoch von der ihr vorgehenden Haftung aus Arglist getrennt zu halten.

In diesem Zusammenhang könnte dann die Frage ernstlich geprüft werden, ob nicht alle Funktionäre des Vormundschaftswesens staatlicherseits gegen Haftpflicht aus Fahrlässigkeit versichert werden sollten. Es dürfte sich empfehlen, dass die Versicherung, resp. die Prämie etwa bis zur Hälfte vom Staat und den Gemeinden gemeinsam, bis zur Höhe der verbleibenden Hälfte von den Organen, von den Vormündern und den Behörden getragen würden. Ein weiterer Vorschlag wäre, die Grösse der Fahrlässigkeit ins umgekehrte Verhältnis zu der auszurichtenden Versicherungssumme zu stellen, um die Organe zur Ausübung einer pflichtgetreuen Amtsführung anzuhalten. Zweifellos würde die Auszahlung eines kleineren, nicht den ganzen Schaden deckenden Betrages bei grober Fahrlässigkeit einen Druck in dieser Richtung ausüben. Für die Fälle, dass dem Schützling aus Arglist der Organe ein Schaden erwächst, sollte u. E.

dem Staat ein geringes wenn nicht überhaupt kein finanzielles Engagement zugemutet werden. Dieser Fonds wäre nur durch die Organe zu speisen.

Nach unserem Dafürhalten ist das System der Sukzessivhaftung nicht die alleinige Fehlerquelle des vormundschaftlichen Verantwortlichkeitsrechtes. Anlass zur Kritik kann hier schon der Art. 382 ZGB, die allgemeine Pflicht zur Uebernahme des Amtes eines Vormundes geben, die es der VB anheimstellt, Bürger mit oder ohne Vermögen, mit oder ohne Garantien zu gesetzlichen Vertretern zu ernennen. Sehr oft liegt der Grund eines Verantwortlichkeitsprozesses eben darin, dass ein unerfahrener, talentloser Vormund, Beirat oder Beistand die ihm anvertrauten Interessen ungeschickt wahrnimmt und dann die Konsequenzen für sein Verhalten tragen muss. In Anbetracht dessen sind einige Kantone (Zürich, Bern, Aargau u. a.) dazu übergegangen, in den Einführungsgesetzen den Art. 382 ZGB abzuschwächen und die Vermögen der Schutzunterstellten Berufsvormündern in Obhut anzuvertrauen, deren Eigenschaften und Erfahrung Gewähr und Sicherheit zu bieten vermögen. Allerdings ist zu sagen, dass nach der geltenden Ordnung die Kantone an der bloss subsidiären Stellung der Amtsvormundschaft nichts zu ändern vermögen. Die Institution hat sich jedoch überall bewährt, sodass ihr praktisch eine fast ebenso grosse Rolle zukommt, wie der ehrenamtlichen Einzelvertretung.[1]) Der Amtsvormund wird nicht durch die VB, sondern meistenorts durch den Regierungsrat ernannt. Selbstverständlich hat er sich über seine Veranlagungen und Kenntnisse auszuweisen, die ihn den schwierigsten finanziellen und persönlichen Situationen gegenüber gewachsen zeigen sollen und die der VB in der Folge eine gleiche Ueberwachung wie sie sie gegenüber einem gewöhnlichen Vormund zu beobachten gezwungen ist, ersparen.

Der auf theoretischem Gebiet liegende Vorteil der Amtsvormundschaft ist der, dass im Gegensatz zur Ordnung des ZGB, in dem der Vormund der VB gegenüber als verwaltungsrechtlich untergeordnetes Organ erscheint, ohne es zu sein, der Amtsvormund ein wirklicher Beamter ist, der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einem Gemeinwesen steht.[2]) Er hat ein Interesse daran, seine besoldete Stellung zur allgemeinen Zufriedenheit auszufüllen und zu behaupten. Seine Liberierung vom Amt liegt nicht, wie oft bei den Einzelvertretern, im Nutzen und Gedeihen der anderweitigen, beruflichen Tätigkeit. Praktisch mag eingewendet werden, dass das Vermögen des Berufsvormundes, dessen Unlauterkeiten und Schädigungen, sofern er solche begeht, sich selten nur gegen ein von mehreren, ihm anvertrauten Mündelvermögen richten, nicht dazu ausreichen wird, alle Nachteile zu decken. Anderseits hat vielleicht die Kenntnis dieses Umstandes und das Bewusstsein des Risikos, im Falle der Insolvenz des Amtsvormundes für beträchtliche Beträge belangbar zu sein, auf die Amtsführung der Behörden eine stimulierende Wirkung, sodass Verfehlungen des Vormundes schon in den Anfängen entdeckt und vereitelt werden.

Man hat den Berufsvormündern vorgeworfen, ihr Umgang mit den Schützlingen entbehre nicht einer engherzigen und bürokratischen Amtsauffassung. Dem ist zu erwidern, dass die Betreuung vieler kleiner Vermögen oft keine andere Möglichkeit als die Anwendung einer gewissen

[1]) Silbernagel: La tutelle oficielle et professionelle en Suisse, Lausanne 1932; Pflüger: Die Amtsvormundschaft i. d. Schweiz, 1917.

[2]) vgl. z. B. das basellandschaftliche Amtsvormundschaftsgesetz von 1928: In diesem Erlass werden die Kosten der Berufsvormundsämter zur Hälfte von Kanton, zur Hälfte von den Gemeinden getragen.

Schablone übrig lässt. Den Rechts- und Sachkenntnissen des Berufsvormundes, die sich in bestimmten Situationen immer zeigen werden, ist damit aber kein Abbruch getan. Es ist uns kein Fall bekannt, wo sich ein Amtsvormund für irgend eine dem Schützling zugefügte Schädigung zu verantworten hatte. Hinsichtlich des eingewendeten Mangels an persönlichen Beziehungen und tieferem Verständnis für die Bedürfnisse des Mündels ist zu sagen, dass viele Gemeinden mit Erfolg dazu übergegangen sind, die Fälle, die einer intensiven, persönlichen Fürsorge erheischen, namentlich wo es sich um Kinder, Jugendliche und weibliche Entmündigte handelt, Frauen zu übertragen, sei es in der Eigenschaft als Einzelvertreterin, sei es als Berufsvormund. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die VB in ein und demselben Fall die Vermögensverwaltung einer männlichen, die persönliche Fürsorge einer weiblichen Person überträgt.

§ 32. Die Teilung des Schadens unter den Mitgliedern der vormundschaftlichen Behörden.

1. Voraussetzungen der pro rata Haftung: Die Klage gegen vormundschaftliche Behörden braucht nicht hinsichtlich eines jeden Mitgliedes begründet zu erscheinen. Massgebend ist das Verschulden der Gesamtbehörde, das der Kläger, sofern seinem Begehren stattgegeben werden soll, erbringen muss. Es steht dann im Belieben der Einzelnen, sich von dem gegen das Kollegium erhobenen Vorwurf zu exkulpieren.[1])

In diesem Zusammenhang spielen die Protokolle der zeitlich zurückliegenden Sitzungen, Verhandlungsgegenstände, Anträge, Aussagen etc. eine grosse Rolle. Sie sind, wie wir andernorts schon erwähnt haben, ein Gebot der Vorsicht. Denn ohne schriftliches Zeugnis, resp. ohne Beschaffung glaubwürdiger Zeugen, nur gestützt auf die Aussage, gegen den schadenbringenden Beschluss gestimmt oder, infolge unentschuldbarer und unbegründeter Abwesenheit, überhaupt nicht gestimmt zu haben, kann sich ein Mitglied dem gegen ihn erhobenen Begehren wegen Mitschuld nicht entziehen.[2]) Die Protokolle können auch dann von ausschlaggebender Wichtigkeit sein, wenn es sich darum handelt, festzustellen, ob ein Beschluss von der Gesamtbehörde oder nur von deren Präsidenten mit ausdrücklicher Ermächtigung, um Zeit und Kosten zu sparen, oder ohne Vollmacht des Kollegiums gefasst wurde. Die Einrede des spätern Eintritts in die Behörde wird gehört, wenn das Verhalten des Mitgliedes nicht darauf hinweist, dass es Kenntnis vom schadenbringenden Akt hatte und dass es die Gelegenheit, noch nach seinem Eintritt vorbeugend einzugreifen, unbenützt liess. Die Unterlassung der Einrede hat aber keinesfalls die Wirkung, dass der Richter von Amteswegen nach den Daten des jeweiligen Eintritts forschen und dieses oder jenes Mitglied der Verantwortlichkeit entheben muss.

Zur Zeit der Klage schon ausgeschiedene Mitglieder können in dem Umfange belangt werden, als durch ihre Funktionen Schaden entstanden ist und sie sich des klägerischen Vorwurfes nicht zu erwehren imstande sind.

[1]) vgl. Lüscher S. 29: Für den Kläger muss es genügen, wenn ihm die Verantwortlichkeit der Behörde bekannt ist; er hat es nur mit dieser als solcher zu tun und hat den Beweis des Verschuldens der Behörde als solcher zu erbringen.

[2]) Delessert: p. 66/69.

Ausser der Protokollierung und des Beweises entschuldbarer Abwesenheit, resp. späteren Eintrittes, kann auch die Tatsache der erhobenen Beschwerde, sei sie ohne oder mit Erfolg begleitet, in welchem Fall die Beschwerdeinstanz natürlich zum Eingriff verpflichtet ist, ein einziges oder mehrere Mitglieder einer vormundschaftlichen Behörde von der Verantwortlichkeit befreien. Die Beschwerdeführung steht nämlich den Gliedern gegen die eigene Behörde in gleichem Masse zu, wie dem Mündel und Dritten. Erfolg wird sie jedoch nur haben, wenn der Führer als Mitglied der VB sich an die AB wendet. Beschwerden eines Aufsichtsrates gegen die AB oder derjenigen von Mitgliedern der VB gegen die VB sind unzulässig.

2. Pro rata Haftung und richterliches Ermessen: Die pro rata Haftung tritt dann ein, wenn das vormundschaftliche Kollegium für Fahrlässigkeit subsidiär oder direkt belangbar ist. Der auf die Mitglieder entfallende Schadenersatz wird anteilsmässig und pro Kopf verteilt. Solidarität kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Sind aber neben der Fahrlässigkeit überführten Mitgliedern arglistige vorhanden, scheiden diese von der pro rata Haftung aus.

Handelt es sich beispielsweise um eine sechsköpfige VB und um einen von ihr zu tragenden Fr. 4,000 belaufenden Schaden, haben die vier Mitglieder, wenn zwei von den sechs durch Leistung eines Exkulpationsbeweises ausscheiden, die Summe von je Frs. 1,000 zu ersetzen. Sollte dieser Betrag oder ein Teil davon, infolge Zahlungsunfähigkeit eines Leistungspflichtigen unerhältlich sein, ist der Ausfall anteilsmässig von den Mitgliedern der oberen Behörde, wenn sie kein Verschulden trifft vom Kanton, resp. den zwischen die Behörden geschobenen Gemeinden oder Kreisen zu tragen.[1])

Der Richter bestimmt jedoch nach eigenem Ermessen den Schadenersatz und bildet die Anteile.[2]) Er kann je nach dem grösseren oder kleineren Verschulden einzelnen Mitgliedern im internen Verhältnis eine andere Teilung als diejenige, wie sie gegenüber dem Kläger festgestellt ist, auferlegen und ist befugt, jene nach Gutdünken stärker oder schwächer zu belasten. In einem Prozess gegen eine VB, der um den Ersatz einer Restsumme von Frs. 20.000 — (der arglistig handelnde Vormund war vorher schon ausgeklagt worden) — ging, verteilte das Gericht den zu deckenden Schaden wie folgt:[3]) a) Ueberbindung von 35% auf den Gemeindeschreiber, weil ihn als Mitglied und Protokollführer des Gemeinderates, als Mitglied der Archivkommission und als Führer der Vogtrödel- und Wertschriftenverzeichnisse die Schwere der der groben Fahrlässigkeit überführten VB besonders treffe, b) Belastung des Gemeindehauptmanns mit 30%, trotz des präpondierenden Verschuldens des Gemeindeschreibers in Würdigung des Umstandes, dass er als Präsident der Vogtrechnungskommission, als Archivschlüsselbewahrer, als Geschäftsleiter bei Abnahme der

[1]) vgl. für die anteilsmässige Haftung der Mitglieder der nächstoberen Instanz: Zentralbl. f. Staats- u. Gem. Verw. Bd. 36 S. 321: So kam das Bundesgericht dazu, die fünf Mitglieder der VB zu verurteilen, die Klägerin je mit Fr. 760.— zu entschädigen, subsidiär dann aber auch die fünf Mitglieder der AB zu je einem Fünftel für denjenigen Betrag haften zu lassen, der von den Mitgliedern der VB nicht erhältlich sein sollte; und bezüglich die Haftung des Gemeinwesens für den Ausfall, wenn ein Mitglied seinen Anteil nicht bezahlen kann: Zentralbl. Bd. 34 S. 39; wenn die Gemeinde in die Lage kommen sollte für einen Ausfall beim Gemeindeschreiber, der für 35% des Gesamtschadens haftbar erklärt wurde, einzustehen, sei das deshalb gerecht, weil die Gemeinde schon längst die Unzulänglichkeit des Gemeindeschreibers kannte, ihn aber allen Warnungen zum Trotz immer wieder bestätigte.

[2]) Lüscher: S. 129.

[3]) vgl. den vorstehend zitierten Entscheid in Zentralblatt für Staats- u. Gemeindeverwaltung Bd. 34 S. 37 ff.

Vogtrechnung und als Verbindungsmann zwischen Gemeinderat und Subkommission seine Dienstpflicht in grösserem Masse verletzt habe als die übrigen Mitglieder des Gemeinderates, den Gemeindeschreiber ausgenommen, c) Eintritt für 15% zu Lasten des dritten, in dreifacher Beziehung verantwortlichen Mitgliedes der Vogtrechnungskommission, namentlich weil er gegen die klar formulierte Pflicht dem Gesamtgemeinderat über die Rechnungen der Vormünder Bericht zu erstatten, verstossen hatte, d) Verteilung der restierenden 20% auf alle verbleibenden Gemeinderäte, die den Schaden nach Kopfteilen zu tragen haben. Verurteilt sind demnach: der beklagte A zu Frs. 6800, B zu Frs. 6000, C zu Frs. 3000. Der Vollständigkeit halber erwähnen wir, dass den übrigen Mitgliedern der VB gegenüber der Richter aus prozessualen Gründen, — der Kläger hatte nämlich nur die dreigliedrige Vogtrechnungskommission belangt —, bei der ideellen Verurteilung zu 20% belassen musste.

Dieses Urteil widerspricht Art. 428 ZGB nicht. Eine anteilsmässige, pro Kopf Haftung trifft die Mitglieder nur, wenn die Gesamtheit der Behörde ein und derselben Pflichtverletzung überführt ist und sich innerhalb des Kollegiums keine Abstufungen aufdrängen. Sind Mitglieder offensichtlich schuldbelasteter als andere, wäre es unbillig, alle dem gleichmässigen pro rata Grundsatz zu unterstellen.

§ 33. Die Sukzessivhaftung im Verhältnis zur Teilung des Schadens unter den Organen und unter den Mitgliedern der Behörden.

Wir haben gesehen, dass, wenn ein oberes Organ den Schaden allein verschuldet, das untere liberiert ist. Trägt das obere nur Anteil an der Fahrlässigkeit, können seine Mitglieder subsidiär neben dem untern Organ für einen möglichen Ausfall belangt und verurteilt werden.

Die Sukzessivhaftung weiter abschwächend, sagt Kaufmann:

> «Der Richter hat es in der Hand die Haftpflicht mehrer Organe verschieden abzustufen und beispielsweise den Vormund nur für die Hälfte des Schadens haftbar zu erklären, weil sein Verschulden im Verhältnis zu demjenigen der VB als das kleinere erscheint».[1])

Extensiv darf dieser Satz aber nicht ausgelegt werden. Ein für allemal ist die Gestaltung der Sukzessivhaftung so, wie wir sie in § 31 beschrieben haben. Auch der komplizierte bundesgerichtliche Entscheid: Würsten-Zingre u. Kons. weicht davon nicht ab. In ihm werden nämlich, wie von uns auf Seite 84 unten erwähnt, zwei Organe, ein Beirat und die dreizehngliedrige VB für zwei von einander unabhängige Fahrlässigkeiten verantwortlich erklärt.[2])

Der Gesamtschaden beläuft sich auf Fr. 12,158.20. Davon haben zu tragen: a) Der Beirat Fr. 2,000, b) der Präsident der VB, den in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als beauftragter Notar die Amtspflichtverletzung am schwersten trifft, Fr. 8,000, c) die VB ohne Präsident Fr. 1,520,

[1]) Kaufmann: Komm. zu Art. 426 Note 13.

[2]) BE Bd. 59 II S. 97 ff. und Praxis des Bundesgerichts Bd. 22 S. 277: von den vier nachträglich in die Behörde eingetretenen und zu je Fr. 125 gleich total Fr. 500. verurteilten Mitgliedern sprechen wir nur der Vollständigkeit halber.

d. h. pro rata und Kopf verteilt, ein Mitglied Fr. 138.18. Auf aussergewöhnliche Art nimmt nun aber das Urteil folgende Repartition vor: dem Kläger wird das Mittel der solidarischen Geltendmachung von Fr. 10,000 gegen die 14 genannten Personen in die Hand gegeben, wobei für den Regressfall auf ein Mitglied der VB die pro rata Summe von Fr. 896.78 fällt. Man kann sich fragen, ob diese Interpretation nicht einen von der Hand zu weisenden Uebergriff in den Inhalt von Art. 429 ZGB, in den Bereich der Sukzessivhaftung bedeutet. Denn, wenn ausdrücklich gesagt wird, die Haftung der Mitglieder der VB und diejenige des Beirates seien unabhängig von einander, weil jene für die Rechtswidrigkeit der Weisung und den Mangel an Aufsicht, der Beirat für die fehlerhafte Ausführung der Weisung haften, sollten Beirat und Notar solidarisch zu Fr. 10,000, im Innenverhältnis ein Fünftel zu vier Fünftel, und getrennt davon die zwölfköpfige VB zu Fr. 1,658.16, resp. zu Anteilssummen von Fr. 138.18 verurteilt werden. Diese pro Kopf Beträge könnten sich in der Folge durch vom Beirat unerhältliche Beträge anteilsmässig erhöhen. Wie uns scheint, hätte diese Lösung dem strengen Sinne des Gesetzes besser entsprochen. Der Entscheid ist aber aus dem Grund anders ausgefallen, weil die von der VB verschuldete Fahrlässigkeit diejenige des geschäftsungewohnten Beirates übertrifft, weil der Schaden ohne Mitwirkung der Behörde um ein Vielfaches kleiner gewesen wäre als er mit ihrem Zutun geworden ist. Es häte offenbar einen schlechten Eindruck gemacht, wenn entgegen dieser Tatsache und neben der pro Kopf entfallenden Fr. 138.18 die Verantwortlichkeit der VB nur in gewöhnlicher, subsidiärer Form zum Ausdruck gekommen wäre.

Wir glauben damit ein im Sinne des vorstehend zitierten Satzes von Kaufmann liegendes Beispiel gegeben zu haben. Es kann im Rahmen der Fahrlässigkeit Fälle geben, wo der Richter, ohne die schuldigen Organe dem Art. 429 Abs. 1 und 2 zu entziehen, vermittelst Repartitionen eine Lösung anstrebt, die sein Rechtsempfinden befriedigt.

Zweifellos häte bei Ausrichtung des Hypothekardarlehens und dessen Sicherstellung durch die nach Zession der Hypothek auszuhändigende Urkunde, versehen mit der Bürgschaftserklärung des ehemaligen Eigentümers, wie es in dem Entscheid der Fall war, auch einem erfahrenen Berufsvormund ein Irrtum unterlaufen können. Nicht in Abrede ist jedoch zu stellen, dass ein Amtsvormund im Hypothekar- und Bürgschaftsrecht besser Bescheid weiss als ein nicht versierter Beirat, der seine Unkenntnis bezüglich der Tragweite des in Frage stehenden Geschäftes durch sein Verhalten an den Tag legt. Man darf wohl behaupten, dass unter Zuhilfenahme eines Amtsvormundes gerade die Bürgschaft, von der die Sicherung des Geschäftes abhing, samt der Obligation beschafft worden wäre, ein Grund mehr, den Wert der Berufsvormundschaft anzuerkennen und sie für die Gesetzgebung zu empfehlen.